



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB**

**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**CÁSSIA RAÍZA ROCHA SILVA**

**PROJETO DE LEI Nº 7672/2010:**

**UMA INTERVENÇÃO EXCESSIVA DO ESTADO NO PODER  
FAMILIAR**

**BRASÍLIA**

**2014**

**CÁSSIA RAÍZA ROCHA SILVA**

**PROJETO DE LEI Nº 7672/2010:  
UMA INTERVENÇÃO EXCESSIVA DO ESTADO NO PODER  
FAMILIAR**

Monografia elaborada como requisito à  
obtenção do título de bacharel em Direito da  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências  
Sociais – FAJS – do Centro Universitário de  
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Luciano de Medeiros Alves

**BRASÍLIA**

**2014**

**CÁSSIA RAÍZA ROCHA SILVA**

**PROJETO DE LEI Nº 7672/2010: UMA INTERVENÇÃO EXCESSIVA DO  
ESTADO NO PODER FAMILIAR**

Monografia elaborada como requisito à  
obtenção do título de bacharel em Direito da  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências  
Sociais – FAJS – do Centro Universitário de  
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Luciano de Medeiros Alves

**BRASÍLIA, \_\_/\_\_/2014**

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Nome do (a) examinador (a)**

---

**Nome do (a) examinador (a)**

---

**Nome do (a) examinador (a)**

---

Dedico o presente trabalho à todos aqueles que optaram pela carreira jurídica e nela acreditam como fonte de promoção da justiça e da igualdade, bem como àqueles que buscam e contribuem incessantemente para o crescimento do Direito como objeto de estudo e por fim às nossas crianças e adolescentes que necessitam de um olhar mais atento de nossa legislação, de nosso Estado e da sociedade como um todo.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço primeiramente à Deus, nosso Pai, que me enviou à este mundo, me concedendo a árdua oportunidade de viver, e consequentemente me atribuiu a missão de adentrar na esfera do direito e produzir o presente trabalho. Aos meus pais, Ana e Pedrocílio, que sempre me apoiaram emocionalmente, intelectualmente e financeiramente na escalada dos estudos e pela confiança depositada como ser humano e estudante de direito. Ao meu irmão e irmã, Dualsey e Rízia, e aos amigos, por sempre estarem presentes aconselhando e dando conforto nos momentos difíceis da vida universitária. Aos professores, e em especial ao orientador Luciano de Medeiros Alves, pela paciência em ceder seus conhecimentos, pela orientação e principalmente por escolherem o caminho da Licenciatura, por meio da qual o ensino nos alcança e contribui fortemente para o nosso sucesso profissional e por conseguinte alcança a sociedade que é beneficiada pelo nosso Poder Judiciário.

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por escopo analisar a aplicação do Projeto de Lei de nº 7672/2010, conhecido como Lei da Palmada, à sociedade, verificando-se sucintamente seus princípios de sustentação, bem como as bases pelas quais se funda, abordando o ponto principal deste trabalho, que é o conflito com o poder familiar atribuído constitucionalmente aos pais, considerando-se que se trata de uma intervenção exacerbada do Estado nesse instituto. Visa verificar a forma pela qual o Estado adentra na atividade educacional exercida pelos pais à sua prole, além de demonstrar que existem normas e preceitos suficientes para coibir a ação abusiva dos pais aos filhos quando da aplicação de castigos corporais. São os pontos que serão abordados após a análise intrínseca do que tange ao Estado perante as relações privadas, constante do primeiro capítulo, e no que se refere ao Direito de Família, notadamente, o instituto do Poder familiar, presente no segundo capítulo, destacando-se os princípios constitucionais atribuídos à família, aos pais, e às crianças e adolescentes, hoje, sujeitos de direito, e ainda o princípio do melhor interesse da criança, levando-se em consideração as ponderações e críticas de profissionais da educação, da psicologia, psiquiatria e do direito quanto à educação de crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Poder Familiar, Intervenção do Estado, Criança e Adolescente, Castigos Físicos, Projeto de Lei de nº 7672/2010.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>1 O ESTADO NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 Aspectos relevantes acerca do Estado.....</b>	<b>12</b>
1.1.1 <i>Conceito, natureza e finalidades.....</i>	<i>12</i>
1.1.2 <i>Constituição do Estado.....</i>	<i>14</i>
1.1.2.1 <i>Causas Materiais.....</i>	<i>14</i>
1.1.2.2 <i>Causas formais.....</i>	<i>16</i>
<b>1.2 A intervenção do Estado no direito privado.....</b>	<b>18</b>
1.2.1 <i>A Publicização do Direito Privado.....</i>	<i>19</i>
1.2.2 <i>Dos Direitos Fundamentais.....</i>	<i>27</i>
1.2.3 <i>As Gerações dos Direitos Fundamentais.....</i>	<i>29</i>
1.2.4 <i>Princípio da Dignidade Humana.....</i>	<i>32</i>
1.2.5 <i>Do Direito Privado como limite ao poder.....</i>	<i>34</i>
<b>2 A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL E SEUS REFLEXOS.....</b>	<b>36</b>
<b>2.1 Delimitação conceitual do Direito de Família.....</b>	<b>37</b>
<b>2.2 Do Pátrio Poder ao Poder Familiar.....</b>	<b>38</b>
2.2.1 <i>Influência Romana no Pátrio Poder.....</i>	<i>39</i>
2.2.2 <i>O Pátrio Poder no Código Civil de 1916.....</i>	<i>41</i>
2.2.3 <i>Influência do Estatuto da Mulher Casada.....</i>	<i>44</i>
2.2.4 <i>Influência da Lei do Divórcio.....</i>	<i>45</i>
2.2.5 <i>O Poder Familiar no Código Civil de 2002.....</i>	<i>46</i>
<b>2.3 Estatuto da Criança e do Adolescente e seus reflexos no poder familiar.....</b>	<b>47</b>
2.3.1 <i>Da proteção integral ao menor .....</i>	<i>48</i>
2.3.2 <i>Direito à Convivência Familiar e comunitária.....</i>	<i>50</i>
2.3.3 <i>Das sanções aplicáveis aos pais ou responsável.....</i>	<i>52</i>
<b>2.4 Dos castigos físicos moderados e os castigos físicos “pedagógicos” .....</b>	<b>54</b>
<b>3 PROJETO DE LEI Nº 7672/2010: INTERVENÇÃO ESTATAL NO PODER FAMILIAR.....</b>	<b>60</b>

<b>3.1 Disposição de motivos.....</b>	<b>60</b>
<b>3.2 Considerações de profissionais acerca do projeto.....</b>	<b>64</b>
<b>3.3 Análise do texto normativo do Projeto de Lei de nº 7672/2010.....</b>	<b>72</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>81</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>84</b>



## INTRODUÇÃO

Tendo em vista a experiência educativa escolar infanto-juvenil exercida por dois anos como instrutora de música, além das questões educacionais que merecem significativo destaque, e sobretudo as questões jurídicas que necessitam de ser respondidas de forma efetiva, o tema da presente pesquisa foi eleito com o fito de contribuir fortemente para o enriquecimento dos estudos acadêmicos, bem como para a sociedade em geral, notadamente a instituição familiar, base da própria sociedade e alicerce do indivíduo que se prepara inicialmente nesse âmbito para posteriormente ser posto em convivência coletiva, razões pelas quais seu estudo é fundamental e as problemáticas da “Lei da Palmada” é de imensurável relevância.

Desta feita, o presente trabalho aborda o Projeto de Lei de nº 7672/2010, popularmente conhecido como “Lei da Palmada”, cuja proposta visa na inclusão de novos preceitos no Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõem quanto à proibição de qualquer castigo físico, tratamento cruel ou degradante pelos pais ainda que exercidos com finalidade pedagógica e educativa, prevendo punições para os mesmos e para profissionais da educação e saúde que deixarem de comunicar o fato conhecido às autoridades competentes.

Atualmente discute-se muito quanto à forma adequada de educar crianças e adolescentes, bem como no que se refere ao uso do castigo físico ou do “tapinha pedagógico” como forma de repressão educativa. O tema é de grande repercussão social de modo que proporcionou o interesse legislativo, tramitando nos últimos anos na Câmara Legislativa o Projeto de Lei nº 7672/2010, o qual tem causado muitas discussões. Um quantitativo acredita que uma palmada pedagógica é eficaz na educação dos menores, enquanto outros discordam, elucidando que a melhor forma de educação é através do diálogo, pois acreditam que os castigos físicos podem provocar danos maiores e criar adultos revoltados.

O referido projeto causa ainda maiores polêmicas, pois averigua-se que o Estado adentra na esfera privada do poder familiar, tomando para si uma responsabilidade constitucionalmente conferida aos pais e responsáveis. Sendo assim, é notório que a repercussão não só atinge a esfera legislativa e social, como também a familiar e principalmente a educacional.

Nesse diapasão, adentra os castigos físicos e castigos corporais, que também serão abordados no presente trabalho, com o fito de se averiguar seus efeitos no que é pertinente à esfera familiar e à dignidade das crianças e adolescentes. No que compete às questões jurídicas, será examinada principalmente a sua lacuna no que tange à sua definição legal, inexistente atualmente e proposto no referido projeto legislativo, que por sua vez, é uma das problemáticas a ser enfocadas no presente trabalho.

No primeiro capítulo, analisar-se-á as problemáticas envolvendo a intervenção do Estado no direito privado com enfoque maior relacionado ao poder familiar, sendo este instituto o detentor de um vasto conteúdo jurídico no que se refere às crianças e adolescentes. Da legislação brasileira consta uma ampla esfera de dispositivos destinados à regulamentar as relações, os direitos, obrigações, dentre outros que tangem aos menores, os quais ocupam um dos mais significativos conjuntos normativos do direito brasileiro, o que se torna evidente na criação de um estatuto unicamente destinado aos mesmos, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal, O Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 e o referido Estatuto são as bases pelas quais este projeto será discorrido, considerando-se ainda as doutrinas e jurisprudências pertinentes ao objeto de estudo. A norma fundamental é a ordem primeira brasileira, da qual as demais estão intimamente subordinadas e devem à ela estar rigorosamente vinculadas, razões pelas quais a sua abordagem torna-se imprescindível, assim como a Lei Civil, haja vista que esta se destina a normatizar as relações sociais, aspecto que será intrinsecamente abarcado na presente pesquisa.

A instituição familiar e o Direito de Família serão abordados no curso da pesquisa, em seu segundo capítulo, principalmente no que se refere ao poder familiar, notadamente no que concerne à educação dos filhos, à forma empregada pelos pais na correção dos mesmos, aos direitos e obrigações dos pais perante sua prole, à preparação das crianças e adolescentes pelos pais para ingressarem na vida em sociedade, bem como, quanto à sua proteção. Além disso, será abordada a evolução da família e do pátrio poder conforme o Código Civil de 1916 e do poder familiar constante da norma civil vigente, frisando suas características e mudanças desencadeadas pela adequação social e pelo desenvolvimento da sociedade.

Por fim, no último capítulo, dar-se-á apreciação ao Projeto de Lei em comento, verificando com base nas legislações já existentes e na proposta acima mencionada que o

Estado pretende ingressar no direito privado de forma exacerbada, ultrapassando as atribuições conferidas à instituição familiar, adquirindo para si uma responsabilidade que não lhe compete, bem como será apresentada as argumentações quanto à proposição, levando-se em consideração as opiniões da sociedade, de profissionais da área jurídica, da educação, da saúde psicológica, dentre outros, a fim de ponderar os pontos benéficos e maléficos constantes da proposta legislativa.

O projeto de lei encontra-se eivado de críticas em sua oposição, razões pelas quais deve ser amplamente discutido, levando-se em consideração os princípios tangenciais à dignidade humana, ao poder de ingerência estatal nas relações privadas, ao princípio da autonomia privada, bem como as considerações populares e dos profissionais.

A proposta vem causando uma reflexão natural dos pais na forma empregada na educação dos filhos e é de grande relevância jurídica, haja vista que o Estado pode vir a ultrapassar seus limites, adquirindo competências acima da sua capacidade, podendo proporcionar um efeito contrário ao pretendido com a proposta legislativa na educação das crianças e adolescentes e na punição de pais e responsáveis. O projeto de lei, a priori, anseia unificar a forma de tratamento educativo para aplicar à uma sociedade “miscigenada” do ponto de vista cultural e econômico. São as razões pelas quais esta monografia se fundamenta, conforme passa a se explicitar a seguir.

## 1 O ESTADO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Com a ascensão da idéia disposta no Estado Liberal de que a liberdade apenas seria plausível quando limitada fosse a autoridade estatal, deu-se margem ao surgimento dos direitos públicos subjetivos, com os quais o Estado não poderia interferir na liberdade individual de cada cidadão, reduzindo minimamente a sua ação para que a sociedade se desenvolvesse harmoniosamente, haja vista que o Estado e a sociedade, até então, pertenciam à universos distintos, nos quais eram regidos por domínios próprios e incomunicáveis, que viriam a corresponder ao Direito Público e ao Direito Privado.<sup>1</sup>

Neste âmbito, a autonomia privada passou a alcançar maior espaço e notoriedade, erguendo-se à uma condição central no que tange à vontade humana, servindo de base para a dignificação do homem, entretanto, este modelo não conferia a liberdade pretendida pela sociedade, uma vez que esta era outorgada apenas aos vínculos contratuais dos mais fortes. Desse modo, com o fito de assegurar aos indivíduos uma proteção social, emergiu o Estado Social, assumindo uma posição mais ativa, afastando a ingerência do Estado, compondo e integrando a liberdade individual ao direito social, efetivando o princípio da dignidade humana. Sendo assim, o Estado Social representou além da mudança de paradigmas quanto à eficácia dos direitos fundamentais, a agregação de novos valores e princípios atinentes à justiça social.<sup>2</sup>

As modificações ocorridas na esfera estatal refletiam diretamente nas constituições, de modo que o Direito Constitucional, por conseguinte e em decorrência da ampla notoriedade em que os princípios atinentes à esfera privada se instauraram, os inseriu em seu texto, constitucionalizando o direito privado, incorporando e definindo matérias antes pertencentes ao Código Civil.<sup>3</sup>

Tendo em vista que os pontos acima percorridos são de extrema relevância para a compreensão da Intervenção do Estado no direito privado, notadamente o poder familiar, objeto do presente trabalho, faz-se imprescindível a abordagem minuciosa dos fatores

---

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 13.

<sup>2</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 153.

<sup>3</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 193.

influenciadores da constitucionalização e publicização do direito privado, bem como daqueles atinentes ao desenvolvimento das relações intersubjetivas dos membros da sociedade.

## 1.1 Aspectos relevantes acerca do Estado

Abandonando uma vida individual, o homem passou a integrar uma organização social, coordenando-se e subordinando-se conforme diretrizes aplicadas à uma coletividade, de modo que cada membro da sociedade além de possuir as responsabilidades atinentes à sua esfera intersubjetiva, com a formação da sociedade, passou a ser responsável também pelos problemas e desafios de sua comunidade. À medida em que a coletividade se sobrepunha à individualidade, mais surgiam os traços do crescimento da sociedade, e por consequência, mais se tornava imprescindível um sistema de organização, com o fito de definir limites e liberdades, organizando-se politicamente. Assim, denota-se, a priori que a formação da sociedade se confunde com a própria evolução do homem<sup>4</sup>.

Muito se questiona na doutrina quanto aos fatores que levaram o homem a viver em sociedade. Celso Ribeiro Bastos considera que os fatores determinantes deveriam ser distintos daqueles que proporcionaram o surgimento do Estado, afirmando que “antes do Estado o homem passou por formas bastante diferentes de organização do poder político (...) não há que se falar em formação da sociedade, uma vez que esta já estava formada e já trazia dentro de si o próprio fenômeno político”.<sup>5</sup>

### 1.1.1 *Conceito, natureza e finalidades do Estado*

A complexidade em solucionar as questões relacionadas à coletividade fez surgir a necessidade de um controle maior por intermédio de um ente que pudesse assumir uma posição diferenciada da sociedade, cujo cargo implicasse em obediência e subordinação de seus destinatários. O Estado, portanto, emerge desse ponto, passando a ser entendido como forma específica da sociedade política, é ainda o resultado de uma longa evolução na maneira de organizar o poder.<sup>6</sup>

Há doutrinas que abordam o Estado como ente que deve assegurar as condições mínimas para que a sociedade atinja os seus fins culturais, econômicos, sociais, enquanto há correntes que designa ao Estado o desempenho de determinadas atividades, em outras

---

<sup>4</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 107-108.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 109.

palavras a diferença é tangencial ao Estado-sociedade e o Estado-poder. Bastos explicita ainda que:

“Há, portanto, um Estado cuja demarcação coincide com o aparato burocrático formado pelos políticos e pelos profissionais que compõem o seu quadro organizacional. Mas sabemos que o Estado não se pode resumir ao que na verdade seria mais adequado chamar-se governo.”<sup>7</sup>

Assim, define o Estado como uma organização política sob a qual o homem, em determinado território, é governado por meio de leis que se fundam em um poder que não se submete à quaisquer outro externo ou interno. Portanto, o Estado compõe-se de três elementos: poder, território e população.<sup>8</sup>

Marcos Cláudio Acquaviva aborda o Estado como uma sociedade política, sendo ela a mais complexa das sociedades civis, a qual seria soberana e internacionalmente reconhecida, visando em um bem comum aos seus indivíduos e à sua comunidade.<sup>9</sup> Giorgio Del Vecchio, a partir de uma visão jurídica, considera que trata-se de um sujeito da ordem jurídica que executa e realiza a comunidade de vida de um povo.<sup>10</sup> Georges Burdeau fixa seu entendimento na formação do Estado, evidenciando que com a institucionalização do poder a figura estatal tem sua ascensão.<sup>11</sup>

Já Franz Oppenheimer, sociólogo e jurista, situa o conceito de Estado em um cenário conflituoso, definindo-o como a “instituição social que um grupo vitorioso impõe a um grupo vencido, com o objetivo de organizar o domínio do primeiro sobre o segundo e resguardar-se contra rebeliões intestinas e agressões estrangeiras”.<sup>12</sup> E Léon Duguit, segue a mesma linha de Oppenheimer, conceituando o Estado como um grupo humano estabelecido em determinado território, na qual os mais fortes impõem sua vontade aos mais fracos.<sup>13</sup>

Karl Marx e Friedrich Engels consideram que o Estado é resultado das lutas de classes sociais, momento em que se deu a apropriação privada dos meios de produção.<sup>14</sup> Já

<sup>7</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 107-108. p. 110.

<sup>8</sup> Ibidem, p.112.

<sup>9</sup> ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 6.

<sup>10</sup> VECCHIO, Giorgio del. apud ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 6.

<sup>11</sup> BURDEAU, Georges. apud ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 6.

<sup>12</sup> OPPENHEIMER, Franz. apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.53.

<sup>13</sup> DUGUIT, Pierre Marie Nicolas Léon. apud ACQUAVIVA Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 6.

<sup>14</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. apud ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 6.

Georg Jellinek define o Estado como a corporação de um povo, estabelecida em um território e detentora de um poder originário de controle.<sup>15</sup>

Assim, é possível constatar que o Estado surge da necessidade de um povo ser governado, orientado e organizado mediante um ente detentor de um poder pelo qual a coletividade deve ser submetida, entretanto, governador e governados formam um todo integralizado de forma que ambos se subordinam à determinadas regras normativas. Portanto, a manifestação de vontade dos governantes é legítima apenas quando encontra-se em conformidade com as normas de direito, ou seja, não devem impor sua vontade subjetiva, sendo válida aquela que embasada em critérios objetivos.<sup>16</sup>

### *1.1.2 Constituição do Estado*

Como já observado, a ascensão do Estado se deu com a evolução do homem e de suas relações externas com a comunidade, designada em determinado assentamento territorial. À medida em que o homem ampliava suas relações em comunidade, mais se tornava necessário uma organização desses povos, cuja solidificação se deu por intermédio de um poder pelo qual os indivíduos deveriam subordinar-se. Assim, povo, nação e território são os elementos ou causas materiais, enquanto poder político, soberania e ordem jurídica são as causas formais, as quais unidas têm por escopo a finalidade de buscar o bem comum.<sup>17</sup>

#### *1.1.2.1 Causas materiais*

Para que o Estado exerça suas funções é necessário que exista um agrupamento de pessoas de uma sociedade, havendo, dessa maneira, um vínculo jurídico entre os integrantes da sociedade e o Estado, configurando-se o povo como elemento humano estatal, que por sua vez, correlaciona-se com o conjunto dos seus nacionais. São nacionais aqueles reconhecidos como integrantes da sociedade, podendo ser aqueles que compõem a sociedade política ou ainda os estrangeiros, pertencentes à outro Estado, que se submetem ao ordenamento jurídico por estarem no território nacional.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> DUGUIT, Pierre Marie Nicolas Léon. apud ACQUAVIVA Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 6.

<sup>16</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 112-116.

<sup>17</sup> ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 7.

<sup>18</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva. p. 123.



Celso Ribeiro de Bastos considera que a existência de um povo anteriormente à criação do Estado não é plausível, uma vez que o próprio Estado conferiu a qualidade de povo ao agrupamento humano. Muito embora a sociologia tenha considerado a existência de grupos unidos de forma linguística, cultural, religiosa, étnica e dentre outros aspectos, não se constituía como povo, mas como nação, tendo em vista que neste momento ainda inexiste o caráter político, no qual passou a ser predominante a distinção entre cidadão real e cidadão abstrato, este último não teria influências na formação da vontade política, enquanto ao primeiro, as vontades, as particularidades, as determinações pessoais são consideradas em um âmbito político.<sup>19</sup>

Destarte, denota-se que povo revela sentido jurídico e político, sendo estes análogos e inconfundíveis. No sentido jurídico, trata-se de um conjunto de indivíduos determinados pela nacionalidade, já no sentido político, refere-se à um conjunto de cidadãos do Estado, os quais vinculam-se, portanto, à idéia de cidadania.<sup>20</sup>

A nação, por sua vez, pode ser entendida com base no desenvolvimento histórico, sendo um organismo estruturado pela cultura, pela religião, pelos aspectos linguísticos, pelos costumes e tradições.<sup>21</sup>

Nas acepções do Estado, o território seria a universalidade de terra delimitadas sob a qual poderia exercer sua soberania territorial e a sua soberania pessoal, tangencial aos membros da sociedade, sendo válidas nesse espaço as normas jurídicas e o poder, sendo portanto, um elemento essencial do Estado, de modo que inexistente o território, inexistente será o Estado.<sup>22</sup>

Trata-se de pressuposto da figura estatal, sendo integrante de sua essência, razões pelas quais a perda do território implica na desapareição do Estado. Por meio da base territorial, o Estado reveste-se da exclusão, no sentido de que passa a exercer o poder sobre determinado espaço no qual estão excluídos qualquer outro poder ou forças estatais não nacionais. Logo, vigora sob um território apenas uma ordem jurídica, sendo nesse âmbito o espaço no qual o Estado exerce sua jurisdição. Dessa forma, o território além de verificar a

---

<sup>19</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva. p. 123. p. 125-127.

<sup>20</sup> ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 34.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 36-39.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 41-48.

existência do poder, delimita até onde o mesmo pode ser aplicável e exercido, demarcando os limites.<sup>23</sup>

Logo, depreende-se que povo, nação e território interligados de uma forma organizada juntamente com o exercício de um poder soberano político, por meio do qual fazem-se válidas determinadas regras proporcionam a constituição da figura do Estado, que por sua vez, governará e nele terá governados, como se observa a seguir.<sup>24</sup>

#### *1.1.2.2 Causas formais*

Detém o Estado a potência e a capacidade de impor obediência à sociedade com o fito de alcançar uma ordem social, ou ainda, trata-se o poder estatal, de uma força pública organizada coativamente a fim de se obter o cumprimento do ordenamento jurídico-político por intermédio da obediência geral. Encontra-se, assim, legitimado o poder público quando há consentimento social daqueles que se submetem às suas regras. Entende-se, portanto, que o Estado é provido de uma autoridade que suscita obediência espontânea e consciente nos membros da sociedade, sem que se faça uso da força e da coerção.<sup>25</sup>

A regulação jurídica do poder é o objeto fundamental na qual a Constituição se assenta, haja vista que é este o requisito que proporciona a relação de subordinação do indivíduo perante o Estado, não sendo imposto de forma forçosa, o que não equivale considerar que inexistente a figura coercitiva do Estado no que se refere ao poder. Para a Constituição interessa o poder político, que por sua vez, é exercido no Estado e pelo Estado, fazendo-se valer suas regras e normas em um território delimitado ocupado por indivíduos agrupados em comunidade.<sup>26</sup>

O poder é pressuposto da constituição do Estado, os quais são vinculados de forma intrínseca com o próprio direito, tornando-se o poder necessariamente jurídico, tendo em vista que seu funcionamento se opera por intermédio da natureza jurídica, pois a finalidade do Estado encontra-se na promoção do bem-estar coletivo, da segurança, do progresso, sendo estes atos exercidos por atos jurídicos e materiais. À medida que as normas jurídicas conferem ao Estado a prerrogativa de exercer o poder, também obsta que o próprio

---

<sup>23</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva. p. 117-121.

<sup>24</sup> ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 34-48.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 50-51.

<sup>26</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 132-133.

Estado se desprenda das próprias leis, razões pelas quais encontra-se intimamente relacionado, subordinado e por elas limitado, uma vez que seu poder não está habilitado a invadir as esferas individuais e dos grupos sociais menores.<sup>27</sup>

Consolidando-se o poder dentro do Estado, surgiu o poder soberano, pois neste contexto, já se tornavam visíveis outros Estados tidos por iguais, erigindo, a partir de então, o direito internacional, no qual o poder conferido aos Estados estavam em pé de igualdade, entretanto, no que se referia à jurisdição aplicável em seus respectivos territórios, apenas um único Estado poderia exercer a sua capacidade potente de impor obediência, fazendo surgir a noção de soberania. Assim, na ordem interna, passava a predominar uma relação de subordinação perante o Estado, enquanto na ordem externa, uma relação de coordenação entre os Estados.<sup>28</sup>

É essência do Estado o poder soberano, sendo a soberania entendida como atributo do poder do Estado que o torna independente no plano interno e interdependente no plano externo, é ainda uma espécie de poder supremo, que confere livre ação ao Estado, de modo que detém o poder de decisão em última instância.<sup>29</sup>

Para ser válido o poder soberano, deve ele seguir determinadas regras e aplicá-las à seus subordinados, sem este conjunto normativo estaria instalada a desordem e o caos, portanto, é a ordem que define o que pode ou o que não pode fazer. Assim, a sociedade segue normas de caráter religioso, costumeiro, moral e principalmente de caráter jurídico. A norma jurídica é um conjunto complexo de estrutura harmônica, de modo que uma norma se relaciona e se coordena com as demais, formando um corpo hierarquicamente normativo, de modo que uma regra não pode conflitar com a ordem jurídica da qual é pertencente.<sup>30</sup>

Hans Kelsen e Adolf Merkel consideraram que a Constituição seria a norma primeira da qual as demais deveriam se orientar, interpretando essa estrutura como uma pirâmide escalonada, de modo que a norma constitucional estaria em um nível mais alto no que se refere à hierarquia, não podendo ser ferida por lei ordinária, nem esta ser contrária ou conflitante à ela.<sup>31</sup> Kelsen formulou embasado nessa premissa a Teoria Pura do Direito na qual aborda o sistema das normas, afirmando que a pluralidade de normas jurídicas compõe

---

<sup>27</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 135-137.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>29</sup> ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 54-55.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 63-65.

<sup>31</sup> KELSEN, Hans. apud ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 63-65.

uma ordem, uma unidade que encontra a sua validade em uma norma única, que por si só é válida, não sendo necessário se orientar por outra, uma vez que seu conteúdo implica na conduta do homem que a reconhece validamente, haja vista que refere-se à normas de cunho moral ligados ao particular do ser humano.<sup>32</sup>

As normas jurídicas criadas pelo Estado formam o direito positivo, sendo este impositivo, posto, imposto, formando um direito objetivo incontestável limitado apenas por outra norma estatal. A Constituição, o Código Civil, o Código Penal são normas do direito objetivo, haja vista que formam um conjunto de normas jurídicas criadas pelo Estado.<sup>33</sup>

## **1.2 A de intervenção do Estado no Direito Privado**

A sociedade se desenvolveu, criando seu espaço formando subsistemas, dos quais cada um atende uma temática, não necessitando de ingerência dos demais, de modo que são suficientes em suas perspectivas e particularidades, tais como o âmbito econômico e religioso. A formação do Estado não implica na eliminação desses poderes sociais, pois mantêm-se ativos na organização política. Os múltiplos órgãos da sociedade tiveram sua égide quando da complexidade das funções do Estado, passando estes a serem dotados de competências próprias, limitando o poder à eles externo, impedindo o Estado de invadir as particularidades do indivíduo e dos grupos sociais menores.<sup>34</sup>

Na proporção em que o Estado se dispõe à um numeroso exercício de atividades, torna-se necessária a sua limitação, tendo em vista que passa a ser ameaçador da liberdade do indivíduo. Deixar as relações individuais à competência da autonomia privada também gera riscos, mas trata-se de uma necessidade de recuperar a juridicidade de fenômenos que possam ignorá-la, uma vez que o Estado pode vir a se tornar insuficiente e ineficaz quanto às pretensões particulares devido às suas inúmeras funções e atividades. A democracia, neste ínterim, ao objetivar atingir um governo do povo acaba por expulsar o indivíduo, revelando-se como um sistema coerente para pequenos grupos, entretanto para grandes massas restaria frustrado.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Kelsen, Hans. apud ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 66-67.

<sup>33</sup> ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 67.

<sup>34</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 136-137.

<sup>35</sup> LORENZETTI, Luis Ricardo. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 118-120.

Assim, diante do caráter ameaçador e insuficiente do Estado, o direito privado surge para regulamentar as relações intersubjetivas dos indivíduos, trazendo maior segurança, bem como impossibilitando uma ingerência indesejada da figura estatal, ou seja, o direito privado surge como limite ao poder soberano do direito público.<sup>36</sup>

### *1.2.1 Da Publicização do Direito Privado*

Não é de hoje que o Estado ingressa nas relações intersubjetivas, fazendo prevalecer as normas gerais ou determinando novas regulamentações, promovendo uma abstração do direito privado pelo direito público, reduzindo-o às suas disposições ou transformando-o em novas bases. Trata-se de uma das maiores dicotomias do pensamento jurídico, a qual divide duas esferas que apresentam distinções no que tange ao seu objeto de regulamentação e à sua finalidade, embora, atualmente, estejam intrinsecamente relacionadas de modo que o direito privado se subordina ao direito público.<sup>37</sup>

“Tendo se dilatado na sociedade o círculo de ingerência do Estado – que entrou a disciplinar esferas das quais, dantes, ainda em nome do Direito Natural, fora, em larga parte, expungindo, como no caso do direito de propriedade – verificou-se sensível declínio de certos institutos fundamentais de Direito Privado, em proveito da influência crescente, se não avassaladora, que o Direito Constitucional começou, ali, a exercer.”<sup>38</sup>

O Direito Constitucional é a norma primeira, fundamental, alicerce de todo e qualquer outro ramo do direito, os princípios ali dispostos devem ser seguidos pelos demais, que devem se coordenar e subordinar às bases constitucionais, entretanto, essa premissa passou a ter maior influência há meio século atrás quando as relações intersubjetivas como a contratual, econômica, a familiar e as tangenciais à propriedade ganharam maior notoriedade na vida social, e por conseguinte no ambiente coletivo, momento em que as distâncias entre direito público e privado deixaram de ser longínquas, se aproximando cada vez mais em razão da importância que as normas civis alcançaram, que por sua vez promoveram uma ascensão à norma constitucional, fazendo com que os institutos e princípios civis incorporassem as disposições constitucionais.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> LORENZETTI, Luis Ricardo. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998., p. 120.

<sup>37</sup> NETO FACCHINI, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13-15.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 48.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 48-49.

A migração de institutos e princípios do direito privado para a esfera jurídica pública propulsiona uma mudança de perspectiva, na qual o Código Civil<sup>40</sup> que era a regulamentação competente para conservar a sociedade liberal do Século XIX, estabelecendo normas para organizar as relações privadas intersubjetivas, passa a ser orientado a partir de uma visão mais coletiva com o fito de projetar e estimular a fundação de uma nova sociedade por meio das disposições constitucionais.<sup>41</sup>

As regulamentações destinadas a normatizar as relações privadas eram consideradas verdadeiras constituições do direito privado, as quais não admitiam a intervenção estatal, principalmente na área econômica, que se espelhava na autonomia da vontade e pela concepção individualista de propriedade privada, enquanto, as constituições liberais, eram vistas como diplomas jurídicos organizadores das funções estatais, da estruturação dos poderes e de seus órgãos, além das relações do Estado com seus subordinados.<sup>42</sup>

O Código Civil representava, nesse contexto, um empecilho à atuação do Estado, que por sua vez e em decorrência do obstáculo das regulamentações civis, apenas ingressava nas relações privadas quando da necessidade de tutelar a autonomia privada que fossem relativamente possíveis à sua interferência, como por exemplo, em caso de inviolabilidade da propriedade. As constituições liberais dessa época eram suscetíveis de alterações haja vista que não tinham caráter rígido, nem mesmo forneciam princípios para as relações privadas.<sup>43</sup>

Eugênio Facchini Neto cita e explicita a França com o fito de exemplificar a pouca força conferida às Constituições frente às normas privadas:

“Alguns países, como a França, tiveram incontáveis constituições ao longo de sua história. Daí a razão pela qual o Code Civil sempre foi tido como um monumento de estabilidade e longevidade, pois vigora ininterruptamente há duzentos anos, como a simbolizar a firme permanência da sociedade civil e das relações intersubjetivas, diante da inconstância das relações políticas. É também óbvio que, no caso francês, a ausência de um verdadeiro controle de constitucionalidade contribuiu enormemente para o histórico isolamento do

<sup>40</sup> BRASIL, *Lei Nº 3071, de 1º de Janeiro de 1916*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2013.

<sup>41</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.30.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 29-34.

<sup>43</sup> Ibidem.

direito constitucional francês, que assim deixou de irradiar sua conformadora sobre os demais ramos do direito, inclusive o privado.”<sup>44</sup>

O direito privado, até então, no século XIX, não sofria nenhum risco perante as normas constitucionais, haja vista que estas não tinham força jurídica, eram documentos de natureza política, razões pelas quais os códigos civis exerciam a função de verdadeiras constituições no âmbito das relações privadas, abarcando a autonomia privada e o direito de propriedade como direitos fundamentais, mantendo uma estabilidade nas relações intersubjetivas. Apresentava-se ainda como sustentáculo da liberdade burguesa, permitindo aos sujeitos de direito desfrutar de um espaço próprio, sem ingerências estatais. É dessa premissa que passa a se considerar o direito civil como base constitutiva, da qual a própria Constituição<sup>45</sup> aparece de forma subsidiária.<sup>46</sup>

Partindo-se de uma ótica moderna, as relações privadas eram de suma importância que acabaram ganhando destaque nas Constituições que passaram a fazer uso dos princípios e institutos do direito privado por estes terem se tornado relevantes à esfera pública, fenômeno denominado por alguns doutrinadores de relevância constitucional das relações privadas, o que se observa, por exemplo, da necessidade de defesa do consumidor, da admissão da ação penal privada, dos direitos dos trabalhadores, da dignidade da pessoa humana, do livre planejamento familiar, da proteção absolutamente prioritária devida à criança e ao adolescente, em todas as suas dimensões existenciais, dentre outros.<sup>47</sup>

Destarte, já é possível denotar que a intervenção estatal não vigora apenas nos dias atuais, tendo sido provida desde a dicotomia existente entre direito público e privado, dentre os quais, inicialmente, predominava o modelo de incomunicabilidade, pois ambos não se assimilavam, estando dissociados por um longo espaço de tempo, que a partir da Era dos Estatutos, passaram a se tangenciar e se interpenetrar, não somente o público intervia no privado, como o próprio direito privado ingressava nas relações públicas, fazendo valer suas decisões em aspectos significativos e mais importantes.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 34-35

<sup>45</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2014.

<sup>46</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 33-35.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 35-36.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 12-35.

Sendo assim, a divergência entre direito público e direito privado, a ascensão dos direitos fundamentais, bem como a força adquirida pelas Constituições demarcam a origem da intervenção do Estado nas relações individuais como será abordado no transcorrer do presente trabalho.<sup>49</sup>

Os juristas apresentam as distinções atinentes ao direito público e privado a partir de critérios diversos. Norberto Bobbio os avaliam de acordo com a forma e matéria das relações jurídicas, constatando, no que tange à forma, que no direito privado as relações dos sujeitos são embasadas na igualdade e portanto seria uma relação de coordenação, enquanto no direito público, vigoraria uma relação caracterizada pela desigualdade dos sujeitos, e por conseguinte, seria uma relação de subordinação. Quanto à matéria, a distinção é feita por Bobbio levando-se em consideração os interesses individuais e os coletivos, estando dessa maneira, o direito privado competente para a proteção dos interesses subjetivos dos indivíduos e o público para os interesses de todos, da coletividade.<sup>50</sup>

Kant, citado por Bobbio, considerava que a dicotomia entre o direito público e privado não havia que ser fundamentado de forma empírica, mas racional, pois derivando o direito do poder estatal, seria este o direito público, em contrapartida, compreendia que o direito legislado também se destinava ao direito privado, de modo que este igualmente se tratava de direito público. Segundo ele, o único direito existente fora da órbita estatal seria o direito natural, logo sua distinção entre direito privado e público se convertia entre direito natural e positivo, referindo-se o primeiro à um direito voluntário e determinado historicamente, enquanto o segundo seria um direito permanente, racional e ideal.<sup>51</sup>

Ao analisar as evoluções históricas, é possível denotar que as formas de ingerência do direito público no direito privado divergem ao longo do tempo, bem como apresentam distinções quanto a sua aproximação ou separação de suas normas, umas intangíveis, outras correlacionadas. Todo esse desenrolar das diferenças entre ambos os direitos, juntamente com o desenvolvimento dos mesmos contribuíram para a estrutura,

---

<sup>49</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 12-35.

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB, 1984. p. 83.

<sup>51</sup> KANT, Emanuel. apud BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB, 1984. p. 83.



conteúdo e matéria que compõem atualmente os referidos dispositivos, que em parte se aparentam e em outra são extremamente distintos da figura que possuíam.<sup>52</sup>

Na Grécia, os cidadãos tinham ingerência nas maiores decisões relacionadas aos interesses da coletividade, participando com seus votos em leis e proferindo julgamentos em processos públicos de seus semelhantes, proporcionando uma interpenetração do direito público e do privado. Já em Roma, a participação direta dos cidadãos era mínima, momento em que os direitos individuais se inter-relacionavam limitadamente com o direito público.<sup>53</sup>

A Revolução Francesa demarcou essa dicotomia dos direitos público e privado por meio de sua ruptura com idéias precedentes, contribuindo fortemente para que o direito privado se embasasse em ideais burgueses, espelhando-se em uma ideologia socioeconômica, e ainda a própria comunidade passou a reger-se conforme as necessidades de uma fração da sociedade, a classe burguesa, a qual representava o liberalismo econômico, abarcando a propriedade como valor primordial, e a liberdade contratual, que por sua vez auxiliava a criação e as transferências das riquezas.<sup>54</sup>

Com a ascensão do Estado Moderno, a burguesia buscava o fortalecimento da monarquia brasileira e o monarca procurava o fortalecimento da burguesia, promovendo assim tanto uma interpenetração do direito privado no direito público, como uma ingerência do direito público no direito privado. O direito portanto, se tornou estatal e burguês, ocupando-se o legislador do direito privado de forma sistemática e abrangente, diferenciando-se de épocas precedentes na quais disciplinava relações jurídicas e abordava o direito privado de forma pontual.<sup>55</sup>

Já no século XVIII, a dissociação de ambos os direitos tornam-se mais evidentes, apresentando a distinção entre a sociedade política, que titulariza interesses públicos, e a sociedade econômica, que trata dos seus próprios interesses privados. É neste momento que o Direito Público passa a configurar um ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, e o Direito Privado, passa a ser compreendido

---

<sup>52</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 15.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 16-17.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 16-17.

como o ramo do direito que disciplina a sociedade civil, as relações intersubjetivas e o mundo econômico.<sup>56</sup>

A supremacia do Direito Público sobre o Privado passou a ter ascensão há menos de meio século, pois até então, os direitos exclusivamente individuais eram intangíveis da transcendência social, razões pelas quais ambos não se comunicavam, estando o direito privado regulamentado por normas próprias, que por sua vez visava normatizar as relações intersubjetivas, centralizando suas disposições na propriedade, na liberdade e autonomia contratual e ainda no direito de família.<sup>57</sup>

Determinadas relações privadas passaram a ser objeto de regulamentação constitucional a partir da ascensão do direito de propriedade e de determinados direitos civis concernentes à família levando-se em consideração suas características sociais relevantes à esfera coletiva, os quais deixaram de ser significativos apenas às relações intersubjetivas, passando a ter notória importância à toda a comunidade, como pode se observar no amparo dado às famílias de prole numerosa, na questão do divórcio, no problema dos filhos ilegítimos, os quais transverteram-se em matéria constitucional.<sup>58</sup>

“Na Constituição Brasileira a propriedade e a família mereceram todo o desvelo do legislador constituinte. A propriedade aparece com destaque na matéria sobre a ordem econômica e social. A função social da propriedade é afirmada como um dos princípios constitucionais sobre os quais assenta a sobredita ordem. A propriedade privada, observados os ditames da justiça social, é erigida também em princípio da ordem econômica. A família fez-se, por igual, objeto de ampla proteção dos Poderes Públicos por preceitos expressos da Constituição.”<sup>59</sup>

Com a instauração da sociedade civil e a constituição da figura estatal, estabeleceram-se as relações de desigualdade entre aqueles que controlam e aqueles que obedecem, construindo-se assim uma vinculação de subordinação autorizadora da intervenção estatal nas relações privadas, conferindo poderes e competências para determinar e designar alterações, normas e disposições admissíveis até encontrar limitações na autonomia do direito privado.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 17.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 49.

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 46.

No direito privado sempre prevaleceu a não-intervenção estatal, haja vista que se trata de um direito embasado nos costumes, nas relações referentes ao casamento, à família, à filiação, às sucessões, além disso foi desenvolvido a partir dos pareceres e escritos doutrinários, desde os jurisconsultos romanos aos jusnaturalistas e jusracionalistas da era moderna. Com a idéia de direito privado burguês, angariado pela Revolução Francesa, o individualismo passou a ser prestigiado, colocando o homem em um índice valorativo, não por suas características e méritos pessoais, mas por estar integrado à uma coletividade e por se tornar objeto de regulamentação estatal.<sup>61</sup>

A liberdade, igualdade e fraternidade compunham os três alicerces da Revolução Francesa, entretanto, a liberdade, nesse contexto, direcionava-se às relações econômicas, lucrativas e mercantis. Na pólis grega, o cidadão era livre para intervir nas decisões políticas, tendo influência participativa nos assuntos mais importantes da coletividade, enquanto, a liberdade moderna, consiste no livre poder de decisão do cidadão sobre os assuntos atinentes à sua vida privada sem ingerência estatal.

Benjamin Constant considera que Enquanto a liberdade dos antigos permitia que o cidadão interviesse no espaço público, a liberdade dos modernos significa a livre movimentação no espaço privado. Daí o endeusamento da autonomia privada e do seu conseqüente, no campo negocial, a liberdade contratual.<sup>62</sup>

Assegurar a liberdade econômica, de modo a proteger o cidadão do próprio Estado eram funções das normas estatais protetoras as quais limitavam os direitos subjetivos quando da importância de se proteger a convivência social, ou seja, a liberdade irrestrita encontrava limitações na liberdade de seu semelhante, seguindo uma visão kantiana.<sup>63</sup>

Compreende-se assim que toda vez que a coletividade fosse mais importante que as relações individuais, prevaleceria as determinações estatais perante o direito privado, situação a qual estaria autorizada sua ingerência e por conseguinte as designações intersubjetivas seriam desconsideradas, assim, o advento do constitucionalismo social auferia um maior intervencionismo estatal, provocando um caminho inverso ao da emancipação da

---

<sup>61</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 18.

<sup>62</sup> CONSTANT, Benjamim. apud NETO FACCHINI, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 19.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 20.

sociedade civil em relação ao Estado, a qual era o resultado da classe burguesa acima evidenciada.<sup>64</sup>

Bobbio evidenciou que com o declínio dos limites à ação do Estado, foi ele aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado total.<sup>65</sup> No Brasil, a inspiração kelseniana é predominante, adotando-se o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, ou ainda da constitucionalização do direito privado, que se deu com a concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.<sup>66</sup> Dessa maneira, há uma mudança de paradigmas, trocando a ética do individualismo pela solidariedade, relativizando-se a autonomia da vontade e acentuando a proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>67</sup>

Denomina-se publicização do direito privado a absorção do direito privado pelo direito público por intermédio da intervenção estatal nas relações intersubjetivas e ainda por meio do reconhecimento das funções sociais da propriedade, da família e das relações contratuais, nas quais reduz-se a autonomia privada e o poder de decisão pelos indivíduos, dando lugar às determinações estatais.<sup>68</sup>

“Isso decorre do fato de que no Estado Social as autoridades públicas não se preocupam apenas com a defesa das fronteiras, segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais (transportes, serviços médicos, assistência social, educação, etc.), quer de forma indireta, através da disciplina de relações privadas relacionadas ao comércio (disciplina dos preços, do crédito, do setor de seguros, das atividades bancárias, etc.) além de outras relações intersubjetivas que uma vez eram deixadas à autonomia privada (como a disciplina dos aluguéis, seus reajustes, renovação dos contratos, relações de consumo, etc.).”<sup>69</sup>

Neste contexto, a função social da família, alcançou uma modificação jurídica significativa. A família que era vista como instituto, passou também a ser vista como ambiente propício para que seus membros possam desenvolver livremente a sua personalidade

<sup>64</sup> CONSTANT, Benjamim. apud NETO FACCHINI, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 21-23.

<sup>65</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 25.

<sup>66</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 23.

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 26-27.

e todas as suas potencialidades, ganhando maior notoriedade e proteção constitucional.<sup>70</sup> Razão pela qual seus demais institutos, como por exemplo, o pátrio poder do Código Civil de 1916 e o poder familiar do Código Civil de 2002 se modificaram e adquiriram conteúdos embasados nas novas considerações acima evidenciadas. A criança e o adolescente deixaram de ser objeto de relevância apenas quando em referência aos direitos hereditários e patrimoniais, sendo posteriormente, importantes como pessoas a serem protegidas e asseguradas, principalmente no que tange ao direito à saúde, à educação, ao lazer, dentre outros, todos embasados na Lei Maior, a Constituição Federal.<sup>71</sup>

“Trata-se em outras palavras, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.”<sup>72</sup>

Em meio à tantas alterações, ambos os direitos tiveram seus significados modificados, o âmbito da vontade individual já não configurava mais as bases do direito privado e a subordinação do cidadão não se enquadrava como pilar do direito público, encerrando, portanto, as dicotomias. Hoje, nas normas brasileiras, existem institutos os quais os interesses individuais prevalecem, embora sejam pertencentes aos interesses coletivos, bem como há institutos pertencentes à esfera coletiva, nos quais os interesses intersubjetivos são mais evidentes. Logo, a dicotomia dissolveu-se, dando lugar à uma interpenetração de ambos sem que estejam cada um em uma extremidade.<sup>73</sup>

### 1.2.2 Dos Direitos Fundamentais

A partir do momento em que se reconheceu o ser humano como sujeito de direitos, considerou-se que o mesmo seria detentor de uma dignidade própria, alicerce lógico pelo qual compreende-se que é direito da pessoa humana ter direitos fundamentais que

<sup>70</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 26.

<sup>71</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>72</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 27.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 35-40.

assegure todas as suas relações tanto intersubjetivas como perante ao direito público e ao Estado.<sup>74</sup>

Tornou-se a dignidade humana em um fundamento imperativo de ordem moral com o advento da Constituição Federal de 1988, tendo sua ascensão por intermédio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciando que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, portanto não é criação constitucional, embora por ela seja respeitada e protegida. Sua evidência foi dada após o término da Segunda Grande Guerra Mundial em razão das atrocidades cometidas pelo nazismo, assim como pela ferocidade do Regime Militar no Brasil.<sup>75</sup>

A dignidade da pessoa humana, então, passou a incorporar os princípios fundamentais, atribuindo-lhe valor supremo de sustentáculo da ordem jurídica democrática, tornando-se seu apoio e base da constituição, alcançando todos os ramos normativos, e ainda se interligando com os demais direitos fundamentais, compreendidos também como princípios, tais como a liberdade e a igualdade. Influência evidente na ascensão dos direitos fundamentais e principalmente na dignidade humana foram as relações intersubjetivas constantes do direito privado, que alavancaram relevância coletiva ao ponto de materializarem-se nos textos constitucionais.<sup>76</sup>

Além disso, os direitos fundamentais trouxeram importante relevância para a atuação estatal frente ao direito privado, mostrando-se ora omissos, ora intervenientes, de modo que o direito privado e o direito público passaram a se interpenetrar com base na constatação dos direitos fundamentais.<sup>77</sup>

Entende-se por direitos fundamentais, todos os direitos e garantias especificados no texto constitucional que receberam por meio deste um grau mais elevado de garantia e segurança, e por isso passaram a integrar uma universalidade, tornando-se imutáveis ou ao menos de dificultada modificação, que só poderia ser ensejada mediante Emenda

---

<sup>74</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 41.

<sup>75</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 114-115.

<sup>76</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 48-53.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 48-53.

Constitucional, são ainda variáveis de acordo com a ideologia, modalidade de Estado, valores e princípios que a Constituição se embasa, o que vale afirmar que cada Estado possui seus direitos fundamentais específicos.<sup>78</sup> São os direitos do homem livre e isolado em face do Estado, direitos da liberdade, ainda ilimitados e absolutos, que se submetiam às predisposições estatais de forma limitada conforme os critérios legais.<sup>79</sup>

Manifestou-se a universalidade dos direitos através do racionalismo concernente da Revolução Francesa, por meio da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, que se destinava ao gênero humano e aos aspectos referentes à sua liberdade, diferentemente das declarações inglesas que tinham como escopo uma camada social privilegiada, a dos barões feudais, desconsiderando o povo e a sociedade que se libertava politicamente.<sup>80</sup>

Refere-se os direitos fundamentais à direitos inalienáveis, naturais e sagrados do homem, exprimidos na liberdade, na propriedade, na segurança e na resistência à opressão. Paulo Bonavides sintetizou a Declaração Universal dos Direitos do Homem da seguinte maneira:

“A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo, religião, o respeito à dignidade do ser humano.”<sup>81</sup>

Devem, portanto, ser invioláveis, absolutamente respeitados e protegidos, pois conferem a garantia de que o homem pode conviver com os demais membros da sociedade e o assegura de sua dignidade humana, com base nos princípios e valores constituídos. Esses direitos fundamentais ao ser humano se subdividiram em gerações, nas quais vinham acompanhadas de alicerces ideológicos fielmente defendidos.<sup>82</sup>

### *1.2.3 As Gerações dos Direitos Fundamentais*

Na primeira geração, os direitos fundamentais consistiam no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, na segunda, compreendia-se as referidas garantias juntamente com os valores e princípios basilares da Lei Maior, já na terceira, apresentava-se uma especificação de direitos a serem garantidos como direito ao desenvolvimento, ao meio

---

<sup>78</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 561.

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> Ibidem, p.562.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 578.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 560-562.

ambiente, à propriedade, à paz e à comunicação, portanto, passa-se a atingir mais fortemente à esfera coletiva, por fim, a quarta geração, importa-se com a globalização política, voltando-se para a institucionalização do Estado Social, fazendo prevalecer o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. E ainda é reconhecida uma quinta geração, que alcança o direito à paz no âmbito da normatividade jurídica, tendo este sido esquecido entre a terceira e quarta, voltando nesta última com maior evidência por meio da Declaração das Nações Unidas, que decretou que todo ser humano tem direito imanente de viver em paz.<sup>83</sup>

Os direitos da liberdade, compreendidos como direitos de resistência ou de oposição ao Estado, abarca o indivíduo como titular, sendo a liberdade um dos atributos da pessoa, demonstram a separação entre Estado e Sociedade e ainda a valorização do homem como indivíduo, componente da sociedade civil, aspectos os quais são caracterizadores da primeira geração de direitos fundamentais, que implicavam em liberdades negativas, compreendidas pela omissão por parte do Estado, caracterizadas pela sua não-intervenção, garantindo o espaço dos direitos subjetivos.<sup>84</sup>

Na sequência, surge a segunda geração, fortemente alavancada no século XX com o propósito de igualdade, estimulando os direitos sociais, culturais e econômicos. Estes percorreram uma baixa normatividade, sendo objeto de eficácia duvidosa, em razão da natureza de seus direitos que exigiam do Estado prestações materiais, que por sua vez encontravam-se escassas, carentes de recursos, que por consequência não eram detentores das garantias necessárias para suas respectivas concretizações, assim, os direitos de liberdade da primeira geração aplicavam-se de forma imediata, enquanto os direitos sociais, de forma mediata por intermédio do legislador.<sup>85</sup>

Conferindo a garantia de valores e princípios, assegurava-se, por conseguinte, a proteção das instituições, o que foi percebido com a segunda geração de direitos fundamentais, ou seja, com os direitos sociais, pois salvaguardando o indivíduo, as instituições estariam sendo favorecidas, diante disso, reconheceu-se um novo conteúdo dos direitos fundamentais, a garantia institucional, que por sua vez, estabelecia um empecilho à ingerência do legislador.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 561-580.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 563-564.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 563-564.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 566.



O humanismo, a universalidade e a fraternidade são as ideologias defendidas na terceira geração, que são ressaltadas no fim do século XX como direitos que não se direcionam à proteções intersubjetivas de um determinado grupo ou de um determinado Estado, orienta-se diretamente ao homem, considerando-o valor supremo, reflexão dada pelos temas de desenvolvimento, paz, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade.<sup>87</sup>

A quarta geração encontra-se em um ponto marcado pela dissolução da soberania, na qual a globalização política neoliberal apontava ainda silenciosamente sem referência de valores, promovendo a universalização dos direitos fundamentais e portanto, auferindo humanização e legitimidade, institucionalizando um Estado Social, razão pela qual a democracia foi tomando corpo e espaço, o que esteve subordinada à concretização da sociedade aberta para o futuro como universalidade máxima.<sup>88</sup>

Paulo Bonavides aborda uma premissa significativa quanto aos valores e princípios do homem que emanam primordialmente da própria sociedade civil, dos direitos sociais e privados e não do poder estatal:

“A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.”<sup>89</sup>

Avaliou ainda, que o Estado de Direito não há de prosperar sem o Estado Social em termos de legitimidade e democracia, salientando que a junção da Constituição com os direitos fundamentais formam a coluna vertebral do Estado de Direito, onde a legitimidade deriva da composição entre princípios e direitos fundamentais, bases essenciais ao Estado Social.<sup>90</sup>

Ainda de acordo com Bonavides, a Constituição de 1988 se formaliza em um Estado Social em muitas de suas dimensões, razões pelas quais os problemas constitucionais tangenciais às relações de poderes e exercício de direitos subjetivos devem se submeter aos conceitos deste ordenamento, haja vista que se trata de um texto constitucional de valores de referência ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 570-572.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 570-572.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 574.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 589-590.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 371.

Os direitos do homem se positivaram por intermédio dos direitos fundamentais, ganhando o Código Civil um caráter de “Constituição do homem privado”, o que demonstra de forma clarividente que os direitos inerentes ao homem e às suas relações intersubjetivas se tornaram de suma importância e significado para as normas jurídicas, tanto que foram objeto de diversas Declarações, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como demarcou a dicotomia entre direito privado e direito público, tornando-se palco das discussões referentes à ingerência e limites estatais nas disposições civis, sociais e individuais do homem.<sup>92</sup>

Luiz Edson Fachin averigua que os direitos fundamentais têm sua origem na garantia de liberdades do indivíduo perante o Estado, momento em que se consolidou uma ordem de idéias enfatizadoras da autonomia privada, rompendo-se com a racionalidade do Estado Absolutista, assim angariou-se a existência de direitos subjetivos opostos ao poder estatal que deveria se sujeitar à determinados limites.<sup>93</sup> Essa limitação, esbarrava no espaço intangível do indivíduo que deveria ser assegurado por meio da proteção de seus direitos fundamentais, e assim se atribuiu à Constituição a disciplina das relações entre Estado e indivíduos. De acordo com Fachin, para que a concretização dos direitos fundamentais se satisfizessem era imprescindível que fosse assegurada a máxima liberdade, que deveria ser compreendida com a não-ingerência estatal.<sup>94</sup>

#### *1.2.4 Princípio da Dignidade Humana*

O Princípio da Dignidade Humana se manifesta dentre os direitos fundamentais trazendo aos mesmos uma maior solidificação e concretização, além de apresentá-los de forma substancial de modo a assegurar de forma efetiva uma justiça social. Quanto ao princípio de igualdade, a dignidade humana surge para que o princípio atinja fielmente seu escopo, tendo em vista que o princípio que visa evitar tratamentos discriminatórios manifesta-se como igualdade formal, sendo insuficiente para garantir o fim desejado. Não há que privilegiar, nem discriminar as pessoas em decorrência do fato que estas não detêm as mesmas condições sociais, econômicas ou psicológicas, razões pelas quais empregou-se a

<sup>92</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 584-575.

<sup>93</sup> FACHIN, Luiz Edson. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87-88.

<sup>94</sup> *Ibidem*, 89-91.

igualdade substancial que consiste na necessidade de tratar os iguais, igualmente, e os desiguais, desigualmente, assertiva mais avançada da igualdade de direitos.<sup>95</sup>

Isso parte da idéia de que é necessário contemplar as diferenças existentes entre as pessoas antes de se buscar uma identidade humana comum orientada pelo princípio da igualdade, o que nos leva a avaliar que existem amplas dicotomias dentre os sujeitos de direitos, como por exemplo, homossexuais e heterossexuais, cultos e analfabetos, sadios e deficientes. A sociedade brasileira, por exemplo, é multicultural e diversificada, portanto não há como designar uma igualdade comum à todas as esferas sociais, o que ensejaria numa falsa identidade, sendo mais adequada a expressão “reconhecimento” em referência ao outro como nosso semelhante, como ser igual à nós.<sup>96</sup>

Conforme a dignidade humana, o respeito ao homem compreendido como membro de uma sociedade miscigenada culturalmente deveria ser considerado o primeiro passo para se encontrar a igualdade substancial e assim promover a proteção da pessoa em suas relações concretas, deixando a idéia de cidadão ligado ao exercício dos direitos políticos.<sup>97</sup> Neste Contexto, Boaventura de Sousa Santos sintetiza que “as pessoas e os grupos sociais têm direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.”<sup>98</sup> Orientando-se por essas idéias e princípios, o legislador constituinte propôs no texto normativo a erradicação da pobreza e da marginalização social, objetivando alcançar a igualdade substancial e a justiça social.<sup>99</sup>

Quanto ao princípio da liberdade, a dignidade humana revela-se numa perspectiva de privacidade, intimidade, de livre exercício da vida privada, onde a liberdade significa a possibilidade do ser humano realizar suas escolhas individuais, exercendo seus direitos intersubjetivos como lhe convier sem intervenções de quaisquer gêneros. Nesse sentido, as limitações deixaram de consistir em exceções, passando a contribuir para a identificação dos institutos jurídicos, as quais obtiveram seu conteúdo reescrito pelo texto

---

<sup>95</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 118

<sup>96</sup> Ibidem, p. 119

<sup>97</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>98</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 124-125.

constitucional, notadamente as normas tangenciais à dignidade humana, razão pela qual a Constituição ocupa o mais alto escalão de hierarquia na ordem pública.<sup>100</sup>

Exprime ainda, a dignidade humana, no contexto do princípio da solidariedade, uma segurança de que a justiça será prestada de forma distributiva orientada pela igualdade substancial, vedados os preconceitos em qualquer espécie, privilegiando a correção das desigualdades sociais e regionais, com o intuito de reduzir os desequilíbrios e garantir melhores condições de subsistência da coletividade, ou seja, busca-se com o princípio da dignidade humana alcançar a solidariedade através das erradicações da pobreza e da marginalização social e da extinção das diferenças entre os povos.<sup>101</sup>

Por fim, a dignidade humana juntamente com o princípio da proteção da integridade física e psicológica, visam garantir uma existência digna ao homem, sintetizada por meio do direito à saúde, protegendo-se seus direitos e liberdades, com o fito de que não sejam submetidos à tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos.<sup>102</sup>

Portanto, o princípio da dignidade humana incorporou os textos normativos de modo a trazer às pessoas em seu aspecto individual e às pessoas na esfera coletiva uma vida social merecedora e honrada como garantia de que seus direitos intersubjetivos e públicos seriam preservados, assegurando-lhes principalmente a igualdade e liberdade. Trouxe grandes avanços às esferas normativas, principalmente à Constituição, que por sua vez, se tornou a Lei Fundamental, haja vista que em grau de hierarquia até então o Código Civil encontrava-se coroado como norma mais importante, tendo caráter de Constituição. Com o princípio da dignidade humana, deu-se forma e corpo às disposições legais pelas quais todos os demais ramos normativos deveriam se submeter, orientando-se pelas mesmas e por fim, universalizando os princípios, valores e direitos fundamentais.<sup>103</sup>

#### *1.2.5 O Direito Privado como limite ao poder*

Trata-se o poder da capacidade de determinar o comportamento alheio. Demonstra-se historicamente que o poder refere-se à uma opinião da maioria, da coletividade, como aquilo em que todos consentem como ideal para a comunidade, colocando o Estado

---

<sup>100</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 135-136.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 136-141.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 125-133.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 124-133.

como executor dessa vontade coletiva. Entretanto, os direitos humanos opõem-se ao Estado, ao direito público, sendo considerado direitos de desestabilização, ou ainda, aspirações de ruptura das instituições estabelecidas. São exceções à regra da maioria, no sentido de que se comportam como direitos antidemocráticos, não podem ser anulados por voto haja vista que são supraleais, ou seja, os direitos fundamentais e os direitos humanos são os instrumentos limitadores da intervenção do Estado no Direito Privado.<sup>104</sup>

Lorenzetti considera que “os problemas acarretados ao mundo pelas concepções metafísicas com suas sequelas de fanatismos e guerras, provocaram a necessidade de delinear uma série de direitos fundamentais do indivíduo, com independência em relação aquelas”.<sup>105</sup>

Repudiando toda essa metafísica proliferou-se os direitos fundados exclusivamente na existência do indivíduo e na dignidade humana, em contrapartida, o direito público se retrai, empobrecendo suas tarefas e expandindo o direito privado na sociedade democrática, na qual confere-se ações aos indivíduos, concedendo direitos subjetivos, que por sua vez fizeram emergir diversos institutos como a responsabilidade civil, o pátrio poder ou poder familiar, dentre outros. Ou seja, atribuiu-se liberdade suficiente ao indivíduo com o fito de que fosse produzido um efeito benéfico às relações subjetivas do homem fazendo-se uso dos direitos fundamentais com base em uma função delimitadora. Por meio desta função, as normas constituíram-se em um sistema pétreo e inafastável da atividade privada, embasado em princípios, valores e regras institucionais, não sendo plausível transgredi-los.<sup>106</sup>

Os direitos fundamentais alcançaram uma notoriedade satisfatória em tratados internacionais e na esfera constitucional, de modo que incorporaram uma base e se tornaram requisitos imprescindíveis da organização estatal, dessa maneira, solidificaram-se como existência jurídica, na qual são exacerbadamente protegidos.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> LORENZETTI, Luis Ricardo. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 120-122.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 123.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 120-125.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 126-131.

## 2 A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Por muitas décadas considerou-se que a família e o vínculo entre pais e filhos decorriam apenas do matrimônio em razão da realidade sociocultural ruralista, patrimonialista e patriarcal brasileira, na qual ambos os institutos eram reconhecidos unicamente por via da união legítima entre um homem e uma mulher. A sociedade conjugal era detentora de um caráter econômico, sendo um meio de produção de riquezas, que por sua vez, deu razão ao reconhecimento jurídico, enquanto o casamento se demonstrava como o meio de legalização das relações sexuais e ainda como o caminho singular de reconhecimento dos filhos, de modo que aqueles concebidos por via distinta eram denominados ilegítimos ou bastardos, excluídos de quaisquer direitos, tais como sucessórios e personalíssimos.<sup>108</sup>

Com a solidificação da Constituição Federal de 1988 e com a decadência do Código Civil de 1916 deu-se espaço a novos princípios orientadores das relações individuais, modificando paradigmas e, de certa forma, adequando as normas às novas realidades sociais, culturais, econômicas e políticas, nas quais a família, entendida atualmente, como base da sociedade possui grande influência. No que se refere ao vínculo paterno-filial, este passou a ser reconhecido de forma independentemente da união em matrimônio entre homem e mulher, bem como a abrangência do pátrio-poder, deixou de ser função apenas da figura paterna, passando a ser atribuição de um poder-dever tanto ao pai quanto à mãe, a qual apenas se agregava as obrigações de forma acessória e subsidiária.<sup>109</sup>

Consubstancia o vínculo-paterno filial no poder familiar, que consiste em uma responsabilidade comum dos genitores de assegurar aos filhos o sustento necessário, garantindo-lhes educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, dentre outros direitos dos menores e obrigação dos genitores, as quais são personalíssimas, inalienáveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. É ainda uma relação de subordinação na qual os genitores tem o poder de comando, enquanto os filhos o dever de obediência.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> MACHADO, Gabriela Soares Linhares. *Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao direito de família: repercussão na relação paterno-filial*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/865>. Acesso em: 16 out. 2013.

<sup>109</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 52.

<sup>110</sup> DINIZ, Maria Helena de. *Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família*. 22 ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 515.

Diante da complexidade que requer a abordagem das questões pertinentes ao conceito e definição do instituto familiar e do poder familiar, se faz necessária um estudo intrinsecamente aprofundado, como será estreitado a seguir.

## **2.1 Delimitação conceitual do Direito de Família**

Trata-se a família de um dos ramos do direito que mais se aproxima da esfera do indivíduo como membro da sociedade, é ainda o alicerce pelo qual o ser humano adquire suas bases e se torna apto a se inserir no mundo social, uma vez que é no ambiente familiar que o mesmo absorve conhecimentos, capta princípios e constrói valores. Se o ambiente familiar não o capacita de forma eficaz, esse insucesso surtirá efeitos negativos ao próprio indivíduo e ainda junto à comunidade e à sociedade.<sup>111</sup>

O conceito de família não foi contemplado e definido pela Constituição Federal e pelo Código Civil, embora ambos se reportem e estabeleçam sua estrutura. Carlos Roberto Gonçalves explicita que inexistente a determinação do conceito tanto no direito como na sociologia, razão pela qual na legislação brasileira não há identidade do conceito.<sup>112</sup>

Sua definição sofreu uma significativa mutação ao longo dos séculos e ainda se mantém modificando, assentava-se em um modelo hierárquico e patriarcal, na qual a família, como já demonstrado acima, se constituía unicamente por meio do matrimônio, enquanto, partindo-se de um enfoque moderno denota-se que as relações familiares se formam, primordialmente, pelos laços afetivos, pela ética e pela solidariedade, sendo reconhecidas, atualmente, as relações extrapatrimoniais, as famílias monoparentais formadas por um dos genitores e seus descendentes, bem como as uniões homoafetivas.<sup>113</sup>

Orientando-se pelos interesses morais, sociais, culturais e pelo desenvolvimento da sociedade, o direito de família integra normas que regulam as relações jurídicas familiares, sendo um ramo do direito civil com características particulares, referindo-se acerca do casamento, da união estável, da filiação, dos alimentos, do poder familiar, dentre outros. Em sua maioria, tangenciam-se à direitos personalíssimos, os quais são irrenunciáveis,

---

<sup>111</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1.

<sup>112</sup> Ibidem.

<sup>113</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.

indisponíveis, intransmissíveis e irrevogáveis, como por exemplo o direito à filiação e ao poder familiar, que são insuscetíveis de cessão ou renúncia.<sup>114</sup>

Além desses elementos orientadores, o direito de família norteia os caminhos de determinados princípios que em suma são próprios da Constituição, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e ainda se embasa em outros específicos, como o princípio do pluralismo familiar, no qual admite-se a formação familiar por meios distintos do matrimônio. Possuem influência ainda, o princípio da solidariedade familiar, da afetividade, da consagração do poder familiar, da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, da igualdade de todos os filhos e da igualdade jurídica de todos os cônjuges e companheiros.<sup>115</sup>

A família, portanto, é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. As normas do direito de família disciplinam os direitos pessoais referentes ao casamento, às relações de parentesco, como a filiação e o poder familiar, regulamenta ainda o direito patrimonial, como o regime de bens entre os cônjuges e companheiros, bem como da administração dos bens dos menores, e ainda abrange a união estável e a tutela e curatela, regendo as relações assistenciais, que assumem sua atuação quando da infração aos preceitos do direito de família, que por sua vez consistem em suspensão ou extinção do poder familiar, dissolução da sociedade conjugal, perda de direito a alimentos, dentre outras. São sanções em que o Estado, atua como múnus público, possuindo a função de proteção da instituição familiar.<sup>116</sup>

## 2.2 Do Pátrio Poder ao Poder Familiar

Com base nos aspectos assinalados acima, verifica-se a necessidade de analisar a evolução do poder familiar, desde a sua nomenclatura “pátrio poder”, bem como a evolução da sua estrutura, de seu conteúdo, dos direitos e obrigações dos pais perante seus filhos.

Trata-se o poder familiar do antigo pátrio poder, tendo assumido essa nomenclatura no Código Civil de 2002 em razão da modificação na titularidade de seu exercício, na qual passou a ser atribuída tanto à figura paterna como a materna em igualdade de condições. No Código Civil de 1916 o pátrio poder, em sua vigência, destinava seu

---

<sup>114</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 35.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>116</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.



exercício apenas pelo pai e na impossibilidade ou impedimento, exercia a mãe, como veremos adiante.<sup>117</sup>

Na legislação inexistia o conceito de poder familiar, estando limitada à regulamentar aspectos específicos à ele vinculados, tais como sua titularidade, as competências de quem o exerce, sua extinção, dentre outros.

Maria Helena Diniz explana que:

“O Poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção dos filhos.”<sup>118</sup>

Compartilhando da mesma premissa, José Antônio de Paula Santos Neto conceituou o pátrio poder, vigente no Código Civil de 1916, nos seguintes termos:

“Pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no direito natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.”<sup>119</sup>

Silvio Rodrigues expressou o poder familiar da seguinte forma: “É o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção deles”<sup>120</sup>

A conceituação dada, como se observa, é genérica, indicando apenas a sua finalidade sem apresentar sua definição concreta, o que pode ser verificado nas legislações que dispõem quanto ao poder familiar.

### 2.2.1 *Influência Romana no Pátrio Poder*

No antigo direito luso-brasileiro eram predominantes as ordenações, leis, decretos de origem portuguesa sob a influência romana, época em que a figura do pátrio poder possuía bases rígidas e inflexíveis, e se operava apenas em relação aos filhos legítimos e legitimados, os filhos naturais e espúrios não eram atingidos. Apenas o pai era detentor do

<sup>117</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.

<sup>118</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 514.

<sup>119</sup> SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do Pátrio Poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 55.

<sup>120</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 349.

instituto do pátrio poder, tendo os filhos o dever de obediência filial em relação à mãe, um dos poucos direitos garantidos à mulher na relação familiar. Findava-se a maioridade aos 25 anos de idade, entretanto este fato não era condicionante da extinção do pátrio poder, caso o filho ainda fosse dependente do pai.<sup>121</sup>

Competia ao pai educar, dar profissão de acordo com suas posses, castigar moderadamente o filho e se incorrigível, havia a possibilidade de entregá-lo aos magistrados de polícia para que então fosse recolhido à cadeia por tempo razoável. Além disso, era atribuição do pai perante sua prole defendê-los em juízo ou fora dele, proceder contra àqueles que os pervertessem ou concorressem para esse caminho, exigir e aproveitar seus serviços, sem obrigação salarial, salvo se acordado com os mesmos.<sup>122</sup>

Dessa maneira, verifica-se a ferocidade a qual designava-se o pátrio poder no que se refere à submissão da figura materna, bem como no que concerne aos filhos naturais e espúrios que não eram reconhecidos, estes últimos referiam-se àqueles providos de relações adulterinas e incestuosas, e portanto censuráveis, enquanto os primeiros, são subespécies da classe de filhos legitimados que eram fruto de uma relação havida sem as formalidades do casamento, o que é conhecida atualmente como união estável. À ambos conferia-se apenas o direito de investigação de paternidade para finalidades alimentícias, inexistindo a possibilidade de garantia de direitos hereditários aos filhos espúrios, podendo os naturais serem chamados à sucessão.<sup>123</sup>

Quanto às relações patrimoniais, cabia ao pai a propriedade e usufruto do pecúlio profetício, a saber, os bens cedidos pelo próprio pai ao filho, dos bens adquiridos em serviço militar pelo filho, denominado pecúlio castrense e ainda os usos e frutos dos bens adquiridos sucessoriamente da mãe ou de outra pessoa, ou outros títulos lucrativos, conhecido como pecúlio adventício. Os únicos bens que não se sujeitavam ao pai eram aqueles adquiridos pelo trabalho do próprio filho e aqueles designados como adventícios extraordinários, “como por exemplo aqueles que o filho adquiria com a condição de lhe pertencerem, desde logo, a propriedade e o usufruto. Sendo assim, ainda que o filho fosse o titular de seus bens, havia a administração e supervisão do pai.”<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23-24.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 23-24.

<sup>124</sup> Ibidem.

O casamento, a emancipação, a colação em grau acadêmico, o exercício de cargo público do filho maior de 21 anos de idade, a sua morte ou a morte do pai, eram alguns fatores que ensejavam a extinção do poder familiar, além do banimento, que se tratava de uma medida jurídica pela qual um cidadão perdia o direito à nacionalidade de um país, passando a ser um apátrida, sendo usado como método de repressão política. A entrada do pai ou do filho em religião reprovada, o abandono, a investidura de ordem sacros maiores, a exposição do filho pelo pai e a sentença transitada em julgado nos casos em que o pai era compelido a emancipar o filho, também davam ensejo à extinção do pátrio poder.<sup>125</sup>

A partir do desenvolvimento da sociedade e com a evolução dos costumes, esse sistema normativo romano e português foi perdendo força, dando espaço à novos preceitos que passaram a considerar cessada a menoridade aos 21 anos completos, estando o indivíduo habilitado para os atos da vida civil, marco dado em 1831 e ainda em 1890, concedeu-se à viúva o direito de exercer o pátrio poder, desde que não convolasse novas núpcias, deixando o instituto de ser prerrogativa exclusivamente masculina, muito embora, os efeitos viessem a surtir apenas com anos posteriores.<sup>126</sup>

### 2.2.2 O Pátrio Poder no Código Civil de 1916

A Lei de nº 3071, de 1º de Janeiro de 1916, a saber, Código Civil de 1916, foi constituído sobre o amparo da Constituição da República de 1891, a qual abrigava as idéias de liberdade, igualdade e democracia em uma sociedade basicamente campestre, sendo a família uma entidade patriarcal, hierarquizada e organizada sob o princípio da unidade de direção conferida à figura masculina, conforme se observa no mencionado Código<sup>127</sup>, que *in verbis*:

“Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I- A representação legal da família.

II- A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que o marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial.

III- Direito de fixar e mudar o domicílio da família.

IV- O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal.

<sup>125</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23-24.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 26.

V- Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.”<sup>128</sup>

Denota-se que a mulher estava em uma posição submissa e subordinada ao marido, o qual era depositário da condução e representação da família, comandando o pátrio poder, que assumiu essa nomenclatura por ser direcionado à figura paterna, bem como é possível se observar que o instituto, desde o código em comento, apresenta uma estrutura formal baseada em direitos e obrigações do pai perante à prole, ao poder marital e aos bens da família, que detinha a decisão final de tudo aquilo que dissesse respeito ao instituto familiar.<sup>129</sup>

A mulher apenas assumia o pátrio poder quando do impedimento ou falta da figura paterna, ou seja, encarregava-se de direitos e obrigações subsidiariamente, muito embora, de fato era a figura materna que tinha grande influência na criação e educação da prole, ainda que não fosse declarada legalmente.<sup>130</sup>

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, o texto normativo do Código Civil de 1916 “nunca reproduziu as tendências de uma comunidade em intensa evolução e que caminha decisivamente em direção à um mundo moderno liberado das tradições legadas pelo passado. O Código Civil reproduziu antes as intenções de uma elite, minoritária e refratária do que as aspirações do povo brasileiro”.<sup>131</sup>

Verifica-se que o legislador não se atentou às modificações na estrutura familiar e à evolução do instituto do pátrio poder desde o direito luso-brasileiro acima evidenciado, principalmente no que tange à real posição da mulher quanto à criação dos filhos, preceitos normativos os quais vigoraram por um longo espaço de tempo.<sup>132</sup>

Ao pátrio poder submetiam-se os filhos que podiam ser reconhecidos, ou seja, os naturais, os legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos paternalmente e os adotivos. Quanto aos espúrios, adulterinos e incestuosos, manteve-se o preconizado no direito luso-brasileiro, sendo excluídos do direito de reconhecimento, e por óbvio, não estavam sujeitos à autoridade paterna, subordinando-se apenas ao pátrio poder da mãe quando possível.<sup>133</sup>

<sup>128</sup> BRASIL. *Lei Nº 3071, de 1º de Janeiro de 1916*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 15 mar. 2013.

<sup>129</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>131</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 343.

<sup>132</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28-30

<sup>133</sup> Ibidem, p. 29-30.

Quanto ao conteúdo do pátrio poder, competia aos pais, frise-se, à mulher subsidiariamente conforme exposto acima, dirigir a educação e criação dos filhos, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem, nomear-lhes tutor, representa-los até os 16 anos, ou assisti-los após essa idade, reclamá-los de quem ilegalmente os detivessem, exigir que lhes prestassem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Dessa forma, observa-se nesse ponto que em substância não houve modificação das atribuições dadas aos pais em relação ao Código Civil de 2002.<sup>134</sup>

A extinção dava-se com a morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade fixada em 21 anos e pela adoção. A mãe perdia o pátrio poder dos filhos caso contraísse novas núpcias, recuperando-o caso se tornasse viúva. A figura materna, portanto, além de enfrentar a sua estigmatização como submissa e totalmente dependente às decisões do marido, deveria se sujeitar a perda de seus direitos perante sua prole do casamento anterior.<sup>135</sup>

Não alterava-se a titularidade do pátrio poder com o término da sociedade conjugal, havendo interferência apenas no direito de guarda, o qual era determinado por meio de acordo mútuo, em caso de separação amigável, devendo os mesmos decidir conjuntamente sobre a guarda dos filhos. Decisão diferente não poderia ser dada, tendo em vista que essa determinação partia da presunção natural humana de que os pais são os maiores interessados e legitimados para deliberar sobre os filhos.<sup>136</sup>

Na separação judicial a solução se dava de forma mais abrangente, havendo cônjuge culpado, os filhos se submeteriam ao cônjuge inocente, em caso de ambos serem culpados, até os seis anos de idade os filhos ficavam com a mãe, após essa idade, os meninos ficavam com os pais, o que se trona clarividente os traços do machismo. Essas disposições poderiam ser afastadas à critério do juiz, caso entendesse que haveria prejuízos ao bem-estar e o interesse das crianças e adolescentes.<sup>137</sup>

Em síntese, o pátrio poder estava alicerçado ainda em bases do direito luso-brasileiro, sendo atribuída ao pai a direção e a decisão final das questões familiares, estava ainda ancorado em uma estrutura patriarcal, machista, da qual a mulher ocupava a posição de coadjuvante e substituta, haja vista que apenas exercia direitos inerentes aos filhos e aos bens

---

<sup>134</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 30.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 30-31.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 31-32.

da família quando da falta ou impedimento da figura paterna, muito embora, na prática era a mãe que atuava efetivamente no que diz respeito ao cuidado, criação e educação dos filhos.<sup>138</sup>

Em contrapartida, os interesses dos filhos eram valorados quando da dissolução da sociedade conjugal, oportunidade em que a importância da mulher sobressaia, pois era apontada como a figura a qual se destinaria a proteção e educação dos menores, quebrando o modelo patriarcal, que reservava ao pai a autoridade absoluta.<sup>139</sup>

### 2.2.3 *Influências do Estatuto da Mulher Casada*

Por meio da Lei de nº 4121/1962, a saber, Estatuto da Mulher Casada, a mulher passou a integrar o instituto do pátrio poder como colaboradora, podendo ambos exercê-lo com exclusividade na falta do outro, de certa maneira, mantinha-se ainda o sistema anterior da autoridade da figura paterna, da qual a mulher atuava subsidiariamente como auxiliar da estrutura familiar.<sup>140</sup>

Isso é evidentemente observado no preceito do art. 380, parágrafo único, do Código Civil de 1916 que dispunha da seguinte forma: “Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência”<sup>141</sup>.

Sendo assim, o referido parágrafo contrapunha-se à intenção primeira de incluir a mulher na estrutura do poder familiar, ainda que como figura condicionada às disposições do marido, que por sua vez detinha a prerrogativa do exercício de um direito, porém ao marido era concedido o poder de voto e desempate, ou seja, continuava a prevalecer sobre a mulher, tornando-se assim a disposição legal inócua, vazia e sem efeito.<sup>142</sup>

Outra mudança ocorrida por meio do Estatuto da Mulher Casada e que diferentemente dos dispositivos mencionados anteriormente, trouxe efetivos avanços e conquistas para as mulheres e para os filhos refere-se à garantia da mulher viúva de não mais perder os direitos do pátrio poder dos filhos havidos em casamento anterior, caso contraísse novo matrimônio, podendo assumir os encargos da criação e educação dos filhos, bem como conservá-los em sua companhia e guarda, cabendo-lhe ainda a administração e o usufruto dos

<sup>138</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 32-33.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 32-33.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>141</sup> BRASIL. *Lei Nº 3071, de 1º de Janeiro de 1916*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 15 mar. 2013.

<sup>142</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.

bens dos filhos, o que foi também atribuído à mulher casada. Aos poucos, portanto, a estrutura do pátrio poder vinha se modificando, ainda que em passos curtos e lentos, trazendo benesses à mulher e aos filhos, gerando novos princípios e conseqüentemente.<sup>143</sup>

#### 2.2.4 *Influências da Lei do Divórcio*

A Lei de nº 6515/1977, intitulada Lei do Divórcio, não trouxe marcos significantes no que diz respeito ao pátrio poder, mas foi de extremo avanço à legislação brasileira por regulamentar o divórcio, que por sua vez atinge as relações paterno-filiais, haja vista que os filhos submetidos ao pátrio poder passariam a conviver sem a presença simultânea dos pais. A referida legislação preencheu lacunas constantes do Código Civil de 1916, o qual não dispunha de forma clarividente quanto à guarda dos filhos e das questões alimentícias.<sup>144</sup>

Havendo cônjuge culpado, os filhos se submetiam ao pátrio poder do cônjuge inocente, o que se configura como uma penalidade sem qualquer relação com as causas da separação, atingindo os filhos que eram partes alheias à lide provocada pelos pais. Vale ressaltar que as necessidades e os interesses dos filhos nem sequer eram cogitadas no texto da Lei de 1916, levando-se à concepção de que não ocupavam um nível de consideração ou de importância significativos para a legislação, dando-se valor primordial às questões referentes à própria dissolução conjugal.<sup>145</sup>

Com o advento da Lei do Divórcio, foi garantido à mãe a prerrogativa de ter a guarda de todos os seus filhos, independentemente do sexo, tendo-se por base que seria a mais indicada e que teria melhores condições que os pais de ofertarem a educação, criação e preparação para a vida.<sup>146</sup>

Cabia ao juiz determinar terceira pessoa idônea para ter os filhos em guarda, em caso de se constatar que ambos os cônjuges não deveriam ficar com os mesmos, o que se verificava em situações extremamente morais e sérias. Ou ainda na hipótese de rompimento da vida em comum, os filhos permaneceriam com o cônjuge que os detinham em seu poder na

---

<sup>143</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33-35.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 35-39.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 36-37.

época da ruptura, pretendo o legislador, dessa forma, preservar a situação familiar estabelecida anteriormente pelo casal.<sup>147</sup>

Outro ponto de extrema importância proporcionado pela Lei do Divórcio tangenciava-se ao direito de visita, de companhia e de fiscalização da manutenção e educação que foi reconhecido e garantido à figura paterna.<sup>148</sup>

#### 2.2.5 O Poder Familiar do Código Civil de 2002

Quanto ao denominado Poder Familiar, dado no Código Civil de 2002, aos pais foi instituído um conjunto de deveres e direitos com a finalidade de proteção e representação dos filhos, é resultado de uma necessidade natural, não bastando apenas a alimentação e o auxílio no crescimento dos mesmos, uma vez que o ente humano, durante um determinado espaço de tempo, subordina-se aos cuidados de quem possa o amparar, defender e cuidar de seus interesses. Em síntese, necessita da regência de sua pessoa e de seus bens por intermédio de um representante “natural” ou legal. São indicadas naturalmente, os pais para exercer esta missão e na impossibilidade destes, a legislação atribui a responsabilidade à outrem.<sup>149</sup>

Segundo Cunha Gonçalves, “aos pais foi concedida ou atribuída uma função semi-pública, designada por poder paternal ou pátrio poder”<sup>150</sup>, que por sua vez lhes confere deveres legais e morais sobre os filhos. Trata-se de determinação dada pelo Estado com o fito de garantir proteção àqueles que integrarão a futura sociedade e a futura nação. Dessa maneira, compete aos pais dentre outras funções, criar e educar os filhos, bem como exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, devendo ainda assegurar-lhes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, conforme preconizado no Código Civil e na Constituição Federal.<sup>151</sup>

Há diversas críticas quanto às hipóteses elencadas na legislação. Alguns autores avaliam que as mesmas expressam um poder doméstico, inexistindo referências expressas dos

---

<sup>147</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37-38.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 37-38.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 52.



deveres conferidos aos pais, proporcionando ao poder familiar uma forma de instituto, restando, dessa maneira, suas características e condutas fundamentais.<sup>152</sup>

A extinção do poder familiar pode ser dada por meio de decisão judicial ou por fatos naturais, como por exemplo, morte dos pais ou do filho, ou ainda quando atingida a maioridade, e por fatos de pleno direito, como por exemplo a emancipação e a adoção. Quanto à extinção por decisão judicial, pode se verificar quando do castigo imoderado aplicado ao filho, dentre outras condutas.<sup>153</sup>

Ao analisar sucintamente o dispositivo elencado no art. 1.638, inciso I, do Código Civil de 2002, o qual dispõe quanto à extinção do poder familiar quando da aplicação de castigos imoderados aos filhos, observa-se que implicitamente o castigo moderado é admitido legalmente, sendo defeso em lei o castigo aplicado de forma abusiva e excessiva, o que confrontaria de forma clarividente o dispositivo constante do art. 227, da Constituição Federal de 1988, que preleciona que deve a família assegurar as crianças e adolescentes da violência, crueldade e opressão.

### **2.3 Estatuto da Criança e do Adolescente e seus reflexos no poder familiar**

Direitos e deveres são atribuídos aos genitores ou responsável tanto na Constituição como no Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo maior destaque e relevância neste último, tendo em vista sua estrutura e especificidade, principalmente no que tange às sanções previstas aos pais quando do descumprimento de suas obrigações, como àquelas previstas aos menores infratores, dispondo o referido diploma legal de normatividade própria, conferindo portanto, uma real importância legislativa tangencial aos menores, bem como certificando que são sujeitos frágeis dos quais a sociedade, o Estado e a família devem proteger e assegurar-lhes as melhores condições para viver com qualidade, o que por sua vez foi plausível através da atenção modificada perante os mesmos, na qual as crianças e adolescentes deixaram de ser objeto de direitos, tornando-se sujeitos de direitos.<sup>154</sup>

Evidente se mostra o referido estatuto por meio da ampla gama de princípios norteadores com o fito de proteção dos menores, como são exemplos o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, da proteção integral, da prioridade absoluta, da

---

<sup>152</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 48-53.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 48-53.

<sup>154</sup> COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 1-9.

dignidade da pessoa humana, dentre outros. E ainda se reflete nos direitos conferidos aos mesmos sob os quais os pais têm a obrigação e dever de assegurar e garantir com vistas ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, que descumpridas são capazes de proporcionar a destituição da tutela, com a perda ou suspensão do poder familiar, que são as medidas mais drásticas aplicáveis aos pais ou responsável, sendo previstas ainda a aplicação de medidas pedagógicas como o encaminhamento à programa oficial ou comunitário de proteção à família com o fito de censurar a conduta errada destes ou à acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, dependendo do caso.<sup>155</sup>

São os pontos abordados de forma minuciosa a seguir tendo em vista que são de extrema relevância no que tange ao Projeto de Lei de nº 7672/2010, popularmente denominado “Lei da Palmada”, objeto de estudo do presente trabalho.

### *2.3.1 Da Proteção Integral ao menor*

A Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1949, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, o Congresso Panamericano de 1963 e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica de 1969 são documentos internacionais que embasavam-se na necessidade de se reconhecer uma especial proteção aos menores tanto pela família, como pela sociedade e pelo Estado em razão da condição de desenvolvimento e formação das crianças e adolescentes.<sup>156</sup>

Trata-se essa especial proteção de um cuidado e de uma atenção dirigida a todas as crianças e adolescentes, sem nenhuma distinção, abrangendo toda a coletividade infanto-juvenil desde o momento da concepção, sendo indiferente se menor abandonado ou delinquente, assegurando-lhes de forma integral os direitos fundamentais, bem como as prerrogativas pertinentes aos adultos.<sup>157</sup>

Funda-se a proteção integral do menor, primordialmente, no princípio do melhor interesse da criança acolhido no atual Direito da Criança e do Adolescente, haja vista que são direitos superiores tendo em vista que a família, a sociedade e o Estado encontram-se obrigados a ampará-los em razão de sua fragilidade e vulnerabilidade, se caracterizando como

---

<sup>155</sup> COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 1-9.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>157</sup> Ibidem, p. 1-2.

sujeito dependente em contínua modificação moral e intelectual, portanto, à eles é atribuído uma gama de direitos e garantias.<sup>158</sup>

Em meados da década de 1980 as legislações até então promulgadas contemplavam a situação irregular do menor, que por sua vez, abarcava os menores em conflito com a família, a sociedade ou a lei, sendo estes os autores de infração penal, com desvios de conduta, em perigo moral, desamparados, maltratados, em perigo moral e ainda os privados de representação ou assistência.<sup>159</sup>

Neste ínterim, a legislação não se aplicava àqueles menores que não se enquadravam nessas condições, estando os menores em situação regular excluídos do tratamento legal, os quais vieram a integrar o sistema de garantias dos menores por meio da Doutrina Jurídica da Proteção Integral das Nações Unidas que representou uma mudança de paradigma, pois passou a inexistir a discriminação acima descrita, colocando todas as crianças e adolescentes em amparo legal idêntico, considerando-os sujeitos de direitos plenos, os quais são maiores, mais amplos e específicos que o do restante da sociedade.<sup>160</sup>

Com a ascensão dos direitos fundamentais institucionalizados na Constituição Federal de 1988, conformou-se estruturalmente e de forma particularizada os direitos atinentes aos menores com o escopo de conferir-lhes uma proteção mais abrangente àquela dada aos adultos, que por sua vez foi plausível através do dever de garantia dos direitos das crianças e adolescentes pelo Estado, pela sociedade e pela família, obrigando-os não apenas de forma omissiva como principalmente de forma comissiva.<sup>161</sup>

Materialmente a proteção dos direitos fundamentais dos menores é garantida integralmente a partir da efetivação dos direitos sociais de crianças e adolescentes, a saber educação, saúde, profissionalização, direito ao não-trabalho, alimentação. Dessa forma, é imprescindível a implementação de políticas públicas e políticas sociais básicas que os assegurem de modo que não as restrinjam aos mais necessitados economicamente, mas se destinem à toda e qualquer criança e adolescente.<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 1-2.

<sup>159</sup> Ibidem, p. 3-5.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 5-9.

<sup>161</sup> MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003. p. 136.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 136-137.

Assim, por se tratarem as crianças e adolescentes de sujeitos de direitos com condições peculiares e de vulnerabilidade, os quais encontram-se em constante desenvolvimento, a legislação brasileira concedeu tratamento especial aos mesmos, ampliando seus direitos em relação aos adultos, bem como auferindo-lhes garantias e proteção maiores por meio da tutela jurisdicional diferenciada e das políticas públicas, proporcionando por fim, a efetivação de seus direitos fundamentais e de sua proteção integral.<sup>163</sup>

A intervenção do Estado apenas se dava quando da falha na assistência familiar ao menor, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu-se a possibilidade da figura estatal ser demandada em caso de abster-se da prestação da saúde e educação ao menor, de modo que a família não é a única a ser responsabilizada quando da ocorrência de irregularidades na formação, criação e desenvolvimento do menor, pois a proteção integral é entendida como a garantia de todas as necessidades de um ser humano com o fito de ensinar o eficaz desenvolvimento de sua personalidade, devendo ser prestados ao menor toda assistência material, moral e jurídica.<sup>164</sup>

### 2.3.2 *Do direito à convivência familiar e comunitária*

É direito essencial das crianças e adolescentes, o direito à convivência familiar e comunitário, pois compreende-se que o seu desenvolvimento sadio não é possível sem que possua um vínculo afetivo e verdadeiro com a família, uma vez que esta é condição indispensável para que a preparação na vida seja dada, a alimentação seja prestada e a saúde se manifeste, o que se satisfaz por meio dos vínculos hereditários. É a família o local onde a educação pode ser efetuada, ambiente em que o aprendizado adequado deve ser produzido, é o habitat de proteção do menor, e ainda o pilar pelo qual adquire uma preparação para ser posto em convivência social.<sup>165</sup>

Constitucionalizou-se o direito à convivência familiar como direito fundamental, abarcando-se a família como base da sociedade, haja vista que é o organismo destinado a promover e a garantir a dignidade humana e o pleno desenvolvimento de suas virtualidades.

---

<sup>163</sup> MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003. p. 136-140.

<sup>164</sup> ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-2.

<sup>165</sup> MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003. p. 155.

Entretanto, essa aliança entre Estado, sociedade e família não deve ser interpretada como razão para que a intimidade familiar seja interpenetrada pelo ente estatal.<sup>166</sup>

A personalidade infanto-juvenil tem atributos distintos da personalidade adulta, e portanto são sujeitos de direitos e não meros objetos de intervenção das relações jurídicas dos seres adultos e dos entes governamentais.<sup>167</sup> Ao decidir, o magistrado, pela suspensão ou destituição do poder familiar e a colocação do menor em família substituta, por exemplo, está ele exercendo uma intervenção estatal, que é dada em casos excepcionais predispostos legalmente, abarcados pelo princípio do melhor interesse da criança.<sup>168</sup>

Roberto João Elias considera que determinados conteúdos concernentes ao instituto familiar não deve ser objeto de deliberações por particulares em razão da sua natureza de sustentáculo da sociedade, observando a necessidade de o menor manter-se no grupo familiar, como se denota a seguir:

“Por outro lado, como a família interessa ao Estado, por ser a base da sociedade, suas normas são, em sua maioria, de ordem pública, não podendo ser derogadas por particulares. Assim, sendo, não podem ser modificadas por particulares, pelo que o direito que o menor tem de crescer e desenvolver plenamente sua personalidade, dentro do grupo familiar, não pode ser, de forma alguma, relegado a um plano secundário.”<sup>169</sup>

Assim, são de competência estatal a preservação da criança e do adolescente quando presentes em ambiente que lhe possam trazer prejuízos físicos, psicológicos e inclusive morais, como é o exemplo da convivência com pais que são dependentes de substâncias entorpecentes. O Estado, portanto, deve garantir ao menor o direito de crescer em família saudável que possa lhe assegurar os direitos fundamentais necessários ao seu bom desenvolvimento, razões pelas quais em se tratando de destituição do poder familiar, deve-se evitar a colocação em abrigo, ou se necessário, que seja o mais brevemente possível.<sup>170</sup>

Elias ainda comenta que em caso de abuso de autoridade, descumprimento dos deveres pelos pais, de aplicação de castigos imoderados, de abandono, e de atos contrários a moral e aos bons costumes, caberá sanções aos responsáveis como a suspensão ou destituição do poder familiar, ou seja, são condições que autorizam que os órgãos jurisdicionais

<sup>166</sup> MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003. p. 156.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 156-161.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 167.

<sup>169</sup> ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21.

<sup>170</sup> Ibidem.

ingressarem no direito privado com o fito de proteger e assegurar os menores em integralidade.<sup>171</sup>

Os pais têm o dever de assistir, criar, e educar os filhos menores, cabendo lhes primordialmente a tarefa de proporcionar de forma efetiva e eficaz o desenvolvimento adequado dos menores até a sua maioridade, sendo o poder familiar, considerado, uma soma de deveres e obrigações relacionados às crianças e adolescentes, atribuídos não só aos pais, como também aos tutores e guardiões, averiguadas as condições de perda, suspensão ou destituição do poder familiar, o Estado intervém de modo a que o 'infrator' seja responsabilizado pelo prejuízo ou dano causado ao menor.<sup>172</sup>

O direito à convivência familiar refere-se, portanto, à garantia assegurada às crianças e adolescentes de usufruir da proteção materno-familiar imprescindível à formação e desenvolvimento do menor desde os seus primeiros dias de vida até a sua idade adulta, devendo permanecer preferencialmente em sua família natural, e excepcionalmente em família substituta, haja vista que as instituições públicas e privadas, ainda que bem estruturadas, não oferecem o mesmo aconchego e afeto que a família natural.<sup>173</sup> Assim, entende-se que o direito à convivência familiar além de se configurar como direito é uma necessidade vital e fundamental do menor.<sup>174</sup>

De acordo com o Estatuto da Criança e Adolescente, a família natural é aquela formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, enquanto a família substituta é aquela na qual o menor tenha laços de parentesco, afinidade ou afetividade, na qual o menor será colocado por meio da guarda, tutela ou adoção.<sup>175</sup> A colocação nessa espécie de família se orienta pelo princípio do melhor interesse da criança e veda a atribuição dessa tutela temporária à pessoa inidônea que não ofereça ambiente familiar capaz de proporcionar o desenvolvimento físico, moral e psicológico da criança e do adolescente.

### **2.3.3 Das sanções aplicáveis aos pais ou responsável**

---

<sup>171</sup> ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 24.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>173</sup> COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 34-35.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 47-50.

Em quaisquer circunstâncias devem os pais promover o desenvolvimento da criança e do adolescente, os assistindo, criando e educando até a sua maioridade, o que demonstra que no poder familiar predominam-se os deveres sob os direitos dos genitores devido aos interesses do menor que são superiores aos de seus pais. Havendo desídia ou descumpridos os deveres atribuídos aos pais, responsável, tutor ou guardião, o Estatuto da Criança e do adolescente elenca as medidas aplicáveis que abrangem da advertência à destituição do poder familiar.<sup>176</sup>

O referido diploma prevê sanções civis, obrigacionais e de cunho assistencial relativas aos direitos fundamentais dos menores, as quais são ministradas pelo Conselho Tutelar, que por sua vez atende e aconselha os pais e responsáveis, ou ainda pelo poder judiciário quando em referência às medidas mais gravosas como a destituição do poder familiar.<sup>177</sup>

Ao Conselho Tutelar atribui-se ainda a liberalidade de requisitar os serviços públicos na área da saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança, bem como, em caso de descumprimento de suas determinações pelos pais ou responsável, apresentar requerimento à autoridade judiciária para que esta aplique medidas maiores. Desta feita, cabe ao poder judiciário a revisão das decisões proferidas pelo Conselho Tutelar, funcionando como uma segunda instância, representada pelos Juízos da Infância e Juventude.<sup>178</sup>

Algumas medidas são aplicadas em caráter pedagógico com o fito de censurar a conduta errada, como por exemplo o encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família.<sup>179</sup> Entretanto, esses programas, por vezes, se distanciam do anseio da legislação devido à realidade da precariedade vivenciada ou ainda devido ao auxílio oficial insuficiente, o qual atende um número reduzido de famílias.<sup>180</sup> A aplicação dessas medidas assistenciais subordinam-se à estudos técnicos, sociais e psicossociais que possam

---

<sup>176</sup> ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 145-146.

<sup>177</sup> COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 269.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 47-50.

<sup>179</sup> ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 145-146.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 270.

demonstrar, em caso concreto, a real situação sócio-familiar, sendo estes extremamente relevantes para as decisões do Conselho tutelar.<sup>181</sup>

Outras possuem o caráter de tratamento psicológico ou psiquiatra ou ainda referem-se à inclusão em programa de orientação, auxílio e tratamento de alcólatras ou toxicômanos. Neste caso a execução dessas medidas são de difícil realização por dependerem da vontade dos pais ou responsável, não tendo o Conselho Tutelar e o Poder Judiciário força de compelir os mesmos a se submeterem ao tratamento indicado.<sup>182</sup> Dentre essas medidas, são previstas ainda aquelas de caráter obrigacional no que se refere à matrícula escolar do menor na qual o responsável deve acompanhar sua frequência e seu aproveitamento escolar ou encaminhá-lo a tratamento especializado.<sup>183</sup>

Em caso de descumprimento das medidas é cabível a advertência que consiste na admoestação e orientação a respeito das medidas mais gravosas que podem advir quando da inércia do pai ou responsável, que persistindo estará suscetível à ação proposta pelo Ministério Público.<sup>184</sup> O dispositivo elencado no artigo 129 do ECA prevê ainda medidas mais drásticas como a perda da guarda, suspensão e destituição do poder familiar, e destituição da tutela, as quais são aplicadas em casos em que a lei admite.<sup>185</sup>

Dessa maneira, infere-se de forma clarividente que toda medida protecional ou socioeducativa busca, primordialmente, a integração do menor na própria família e no contexto comunitário e social no qual a família encontra-se inserida, bem como verifica-se que a proteção não apenas se tangencia ao menor como também a própria família, o que demonstra que a proteção integral não é apenas de fulcro legal como encontra-se solidificado em uma transformação política, econômica e cultural assentada em valores éticos e morais da própria civilização.<sup>186</sup>

## **2.4 Dos Castigos físicos moderados e o castigo físico “pedagógico”**

---

<sup>181</sup> ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2004. . p. 145-146.

<sup>182</sup> Ibidem, p. 270.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 145-146.

<sup>184</sup> COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 270.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 145-146.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 193-195.



Ao realizar análise dos dispositivos constantes da Legislação Brasileira, a saber Código Penal, Civil e Constituição Federal, denota-se que não é admitida a resolução de conflitos entre adultos por meio da violência, entretanto, em se tratando de crianças e adolescentes admite-se o uso da força física. Segundo Geraldo Lucchese, Consultor Legislativo da Saúde Pública, essa transigência da legislação pode ter contribuído para a formação de uma cultura que é conivente com o uso da violência moderada, principalmente com a argumentação de finalidade pedagógica e educativa.<sup>187</sup>

Muitos psicólogos, psiquiatras, sociólogos e pais defendem que os castigos corporais devem ser banidos, pois acreditam que o uso de força física possui uma mensagem subliminar que demonstra que o mais forte tem razão e é permitido machucar o menor, imputando na mente das crianças e adolescentes que a violência é o modo mais correto de resolver conflitos.<sup>188</sup>

Essa cultura do “educar batendo” é herança de uma sociedade patriarcal e adultocêntrica, na qual as crianças e adolescentes ocupavam espaço menor sem relevância social, é ainda herança do período colonial, no qual a figura paterna inspirava terror. Em tempos posteriores, passou-se a considerar que a punição física não produziria resultados positivos, pois o temor das crianças ao castigo físico as tornava mentirosas, hipócritas e temerosas.<sup>189</sup>

Trata-se, portanto, de uma mudança de paradigmas. Atualmente, as crianças e adolescentes têm direitos protegidos e reservados, elencam um grau de importância diante da sociedade distinta daquela que ocupavam no período colonial, por exemplo. Dessa maneira, o Brasil busca protegê-los do abuso e do excesso dos castigos físicos aplicados pelos pais.<sup>190</sup>

A sociedade transformou-se e adquiriu novos princípios e valores desde o período o qual o autoritarismo imperava nas relações familiares, e hoje busca-se eliminar o uso de força física como forma educativa, tendo em vista que no século XXI compreende-se a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e deveres. A sociedade, então, defende uma

---

<sup>187</sup> FRAGOSO, Rodrigo. *Castigo aplicado pelos pais: exercício regular de direito?* Disponível em: <[www.fragoso.com.br/ptbr/arq\\_pdf/artigos/arquivo69.pdf](http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigos/arquivo69.pdf)> Acesso em: 15 mai. 2013.

<sup>188</sup> Ibidem.

<sup>189</sup> Ibidem.

<sup>190</sup> Ibidem.

cultura voltada à uma nova concepção de educação e desenvolvimento das crianças, abolindo-se as formas de violência física e psicológica.<sup>191</sup>

São admitidas tanto pelos costumes como pela lei brasileira os castigos físicos aplicados aos filhos pelos pais desde que conformes ao exercício regular de seu direito, de forma moderada. Trata-se de correções por meio de lesões corporais que não se sujeitam às punições e sanções preconizadas na legislação, de modo que não constituem delito. Compete aos pais, de acordo com o código civil, o dever de criação e educação dos filhos, entretanto a referida lei não especificou ou determinou de forma clarividente no que consiste o castigo moderado preconizado no dispositivo legal.<sup>192</sup>

Pela sistemática francesa, a criação e a educação incluem tudo o que for indispensável para o saudável desenvolvimento físico, mental e social do filho (da infância até a juventude). Já na sistemática alemã, o dever de manutenção engloba as necessidades vitais, respeitado o status econômico e social da família. Quanto à educação, se requer, no sistema alemão, o mínimo de instrução profissional, capaz de garantir a sobrevivência da prole.<sup>193</sup>

A correção é ato comumente utilizado pelos pais e como explanado é aceito pela sociedade e pela legislação. Deve o direito de correção ser utilizado de forma limitada e moderada no que se refere ao seu exercício, além de ser empregada com a finalidade educativa, caso contrário, estará o pai incorrendo em conduta antijurídica, de modo que restará configurado o abuso de direito.<sup>194</sup>

O castigo corporal ultrapassa as suas medidas quando é aplicado desnecessariamente e de forma inútil, ou ainda quando é aplicável de forma intolerável, ou seja, brutal, que por sua vez gera a insubordinação degradante dos menores, deixando de atingir seu escopo principal que é a finalidade educativa e pedagógica. Assim, não pode o “castigo pedagógico” consistir em humilhação, resultar em prática vexatória e lesão corporal séria ao menor.<sup>195</sup>

Içami Tiba é psiquiatra e professor-supervisor de Psicodrama de Adolescentes pela Federação Brasileira de Psicodrama. Seus trabalhos referem-se principalmente aos

---

<sup>191</sup> FRAGOSO, Rodrigo. *Castigo aplicado pelos pais: Exercício regular de direito?* Disponível em: <[www.fragoso.com.br/ptbr/arq\\_pdf/artigos/arquivo69.pdf](http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigos/arquivo69.pdf)> Acesso em: 15 mai. 2013.

<sup>192</sup> Ibidem.

<sup>193</sup> Ibidem.

<sup>194</sup> Ibidem.

<sup>195</sup> Ibidem.

adolescentes e aos conflitos familiares, sendo atualmente um dos maiores especialistas do Brasil. A teoria da Integração Relacional, que facilita o entendimento e aplicação da Psicologia por pais e educadores, é criação sua, bem como outras obras literárias com a temática educacional.<sup>196</sup>

Tiba, em sua obra “Quem ama, educa!” explicita as problemáticas envolvidas na educação de crianças e adolescentes, indicando as atitudes a serem tomadas pelos pais quando da desobediência dos menores, frisando que o uso de castigos físicos não é adequado, sendo um insucesso dos pais, de modo a contrariar as bases institucionais.<sup>197</sup>

Classifica ainda uma das causas da desobediência dos filhos, explicitando que à época dos pais, os avós detinham uma figura autoritária, os filhos que hoje são pais desejaram agir contrariamente com seus filhos, mantendo uma figura permissiva, e assim gerou-se a desobediência, pois não houve equilíbrio na permissividade, relação a qual deveria caminhar juntamente com a autoridade e não com o autoritarismo, método temido pelos pais quando filhos. Tiba, portanto, acredita para que a educação resulte em bons frutos há que existir equilíbrio entre a autoridade e a permissividade.<sup>198</sup>

Içami Tiba elucida que:

“Quando foram pais, os avós mostraram-se muito autoritários tendo sido mais adestradores de crianças que educadores. Bastava o pai olhar, o filho tinha de obedecer, do contrário os pais abusavam da paciência curta, da voz grossa e da mão pesada. Não tinham conhecimento da adolescência. Adolescente com vontade própria era sinônimo de desobediência. Não reconheciam a possibilidade de o filho pensar diferente: “Eu sei o que é bom para o meu filho e ele tem que aceitar”, “Filho não tem vontade, não tem querer”.”<sup>199</sup>

Os pais de hoje sofreram com o método educativo autoritário, de modo que na educação de seus filhos, trataram de dispensá-lo, adotando a educação do “sim” para tudo. Em contrapartida, a permissividade concedida aos filhos chega à um limite, que é quando os pais não suportam mais e dão um basta, desencadeando uma perda de referência educativa. E então, surge um grande problema na educação dos menores, pois ao serem criados à base da

---

<sup>196</sup> TIBA, Içami. *Quem ama, educa!* 165. ed. São Paulo: Gente, 2002.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>198</sup> Ibidem.

<sup>199</sup> Ibidem.

permissividade, não conseguem lidar com frustrações quando são surpreendidos com um “não, pois não foram educados para suportar a idéia de serem contrariados.”<sup>200</sup>

Tiba indica que primeiramente os filhos devem ser respeitados, o que significa dizer que devem os pais dar espaço para os sentimentos dos filhos, de modo que possam expressá-los sem serem julgados, reprovando as expressões inadequadas, como a agressão física. Salienta ainda que o que deve ser julgado são as atitudes, e não os filhos. Assim contribui efetivamente para a auto-estima da criança, que é a principal responsável pelo seu crescimento interno, mesmo que tenha que enfrentar adversidades.<sup>201</sup>

Outro ponto importante e destacado pelo autor é a concordância entre os pais na educação dos filhos, devem eles estabelecer previamente as bases em que a educação irá se apoiar. Evidencia que muitos pais ao se justificarem pelas dificuldades enfrentadas na educação dos filhos se apegam à idéia de que os filhos não vêm com manual de instruções. Tiba esclarece que este manual ainda não foi escrito, elucidando que as particularidades de milhões de filhos existentes jamais seriam cabíveis em regras pré-estabelecidas por um indivíduo. Frisa ainda que inexistente um manual de instruções indicando como educar os filhos, pois o próprio filho é o manual.<sup>202</sup>

Tiba considera que:

“Mãe e pai precisam assumir sua condição de educadores e fazer o filho entender que está sendo mal-educado, grosseiro e antiético. Em vez de aplicar castigos aleatoriamente, têm que reformular sua abordagem com condutas pautadas na coerência, na constância e na consequência para conseguir dos filhos resultados favoráveis. O pai que descarrega um palavrão ou um tapa na orelha da criança deixa de usar o melhor de si mesmo, os infindáveis recursos do cérebro humano, para lidar com a pessoa que mais ama, o próprio filho”.<sup>203</sup>

Dessa maneira, o autor psiquiatra avalia que primordialmente há que se buscar medidas corretivas distintas da agressão física e verbal, visando demonstrar aos filhos que são além de genitores, seus educadores, com o fito de alcançar resultados benéficos haja vista que o uso de castigos aleatórios são suscetíveis de provocar efeitos contrários.<sup>204</sup>

---

<sup>200</sup> TIBA, Içami. *Quem ama, educa!* 165. ed. São Paulo: Gente, 2002.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 170.

<sup>203</sup> Ibidem.

<sup>204</sup> Ibidem.

Pondera ainda que:

“Gritando ou batendo, perde-se a autoridade da ética e a força da razão. Expliquem os motivos da proibição e do ‘não’ e sugiram formas de aproveitar aquela energia que seria gasta de maneira inadequada em outra atividade permitida. A todo ‘não’ deveria seguir-se um ‘sim’ em outra direção”.<sup>205</sup>

Todo e qualquer brasileiro consciente compreende que agir com violência não é a conduta mais correta, a grande maioria opta pelo diálogo, o qual não sendo suficiente, a palmada adentra no contexto. Todos, por óbvio, são contra o espancamento de crianças e adolescentes, em contrapartida, muitos acreditam que uma palmada pedagógica é capaz de auxiliar na educação dos mesmos. Muitos desses que têm essa opinião admitem que foram educados com “tapinhas pedagógicos” e hoje são cidadãos de bem.<sup>206</sup>

Trata-se de dois extremos, a palmada pedagógica não é um descarrego de raiva sobre o filho, o espancamento sim. Este último encontra-se nas vias do desequilíbrio emocional, pois imbuído de raiva, os pais não detêm o controle de si mesmos, logo não são indicados neste momento para dar um corretivo no filho, enquanto a palmada pedagógica há de estar nos limites do bom senso e da sensatez.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> TIBA, Içami. *Quem ama, educa!* 165. ed. São Paulo: Gente, 2002. p. 270

<sup>206</sup> Ibidem, p. 270.

<sup>207</sup> Ibidem.

### 3 PROJETO DE LEI Nº 7672/2010: INTERVENÇÃO ESTATAL NO PODER FAMILIAR

Após expor as questões relevantes atinentes ao poder familiar e ao Estado quanto ao direito privado, há que se demonstrar minuciosamente a implicação que o Projeto de Lei de nº 76/72/2010 pode trazer na esfera familiar, principalmente no que tange ao poder familiar exercido pelos pais ou responsáveis, tanto no que compete às sanções e medidas punitivas a serem aplicadas, como na modificação da estrutura educacional dada pelos pais, imposta pelo Estado, que tende a promover a garantia dos direitos fundamentais às crianças e adolescentes por meio de sua fiscalização e da implantação de políticas e ações governamentais. Há ainda que se explanar as opiniões de profissionais da área educacional, psicológica e jurídica acerca das modificações do Estatuto da Criança e do Adolescente, abarcando suas posições, pontos favoráveis e desfavoráveis da possível aprovação do texto legislativo.

#### 3.1 Disposição de motivos

Partindo da cultura do “educar batendo” enraizada desde os primórdios, percorrendo as mudanças e evolução das crianças e adolescentes como sujeitos de direito angariadas juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como junto aos Códigos Civil e Penal e junto à própria Constituição Federal de 1988, a proposta de lei em comento surgiu e ganhou notoriedade, embasada principalmente na insuficiência e no pequeno avanço destas leis atuais em extinguir a cultura de agressão aos menores com fins pedagógicos, visando destituir os laços desta instrução fazendo com que um novo paradigma seja implantado na sociedade com vistas ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente.<sup>208</sup>

As discussões quanto ao assunto iniciaram-se por meio do Projeto de Lei de nº 2654/2003, sugerida pela deputada e relatora Maria do Rosário, aprovado por unanimidade nas Comissões de Constituição e Justiça, de Educação e de Seguridade Social, e de Família da Câmara, que por conseguinte seria encaminhado para o Senado para votação, porém um grupo de parlamentares apresentou um recurso para que o projeto fosse apreciado pelo plenário da Câmara, e desde então encontra-se estagnado, tendo como último andamento o encerramento

---

<sup>208</sup> RIO DE JANEIRO. *Projeto de Lei: 2654/2003*. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2014.

automático do prazo de recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Este grupo liderado por Jair Bolsonaro, argumentou que se trata de assunto polêmico, sem entendimento pacificado pela sociedade, haja vista que conforme as disposições do projeto o Estado poderá intervir na dinâmica familiar com vistas a modificar a estrutura educacional exercida pelos pais às crianças e adolescentes.<sup>209</sup>

Assim, depreende da exposição de motivos ensejada pela Deputada Maria do Rosário, que o escopo primordial do projeto é tornar a violência moderada, que hoje é tolerável, em intolerável e inadmissível, no sentido de garantir o respeito, a dignidade, a integridade física, psíquica e moral às crianças e adolescentes, colocando-os a salvo de qualquer tratamento violento, desumano ou degradante, dando eficácia concreta aos dispositivos legais. Além disso, direciona-se à aniquilar a idéia de que apenas o castigo imoderado é punível, passando a alcançar também o castigo moderado.<sup>210</sup>

Em sua justificativa, a Deputada Maria do Rosário possui a acepção de que a admissão brasileira na violência moderada empregada aos menores é influenciada por fatores relacionados à infância, à família e à violência propriamente dita. Quanto à infância, os menores são percebidos como seres inferiorizados, pertencentes à um grupo minorizado no qual é tolerável o uso da violência. No que tange ao âmbito familiar, avalia que ainda vigora um modelo patriarcal o qual em muitas situações permeia dificuldades sócio-econômicas, que por sua vez, propicia a eclosão da violência. No que pertine à violência, explicita que no Brasil subsiste a prática de se recorrer à alternativas violentas para solução de conflitos, principalmente os domésticos.<sup>211</sup>

Dessa maneira, elucida que essa cultura deve e pode ser combatida por meio da valorização das crianças e adolescentes como sujeitos políticos, detentores de direitos e deveres, e através da educação de meios pacíficos de soluções de conflitos, vedando-se os castigos físicos moderados e de fins pedagógicos. A apresentação do projeto de lei em epígrafe, portanto, pretende assegurar à criança e ao adolescente o direito de não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, ainda que perpetradas com finalidades

<sup>209</sup> KRIEGER, Gustavo. *O caso Isabela e a Lei da Palmada*. Disponível em: <[http://www.dzai.com.br/krieger/blog/krieger?tv\\_pos\\_id=11677](http://www.dzai.com.br/krieger/blog/krieger?tv_pos_id=11677)> Acesso em: 17 mar. 2014.

<sup>210</sup> RIO DE JANEIRO. *Projeto de Lei: 2654/2003*. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2014.

<sup>211</sup> Ibidem.

educativas ou com quaisquer outros propósitos advindos dos pais ou responsáveis na esfera domiciliar, ou ainda nas escolas ou em instituições de atendimento privadas ou públicas.<sup>212</sup>

Evidencia ainda em sua justificativa, que o projeto de lei não anseia pela criminalização da violência moderada, mas busca a conscientização de que essa cultura não é condizente com o direito, dando ênfase na educação, concedendo apoio aos pais ao invés de puní-los. Desta feita, as medidas aplicáveis aos pais, professores ou responsáveis seriam as que se encontram elencadas no art. 129, incisos I, III, IV e VI, do ECA, a saber, encaminhamento dos pais ou responsável à programa oficial ou comunitário de proteção à família; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos e programas de orientação; e a obrigação de encaminhar a criança e adolescente à programa tratamento especializado.<sup>213</sup>

Subsidiariamente, o projeto aspira estimular ações educativas continuadas de conscientização e divulgação da proteção dos direitos da criança e do adolescente, atingindo a estrutura política e social, como também a esfera internacional, tornando-se uma lei paradigmática.<sup>214</sup>

O Projeto de Lei de nº 2654/2003 teve seu último andamento em 08/02/2006, estando parado até hoje. O Poder Executivo atendendo as novas disposições da ONU constantes do Comentário Geral nº 8/2006, aprovado na 42ª sessão do Comitê dos Direitos da Criança - CRC/C/GC/8, em Genebra, em 2 de junho de 2006, encaminhou projeto semelhante de nº 7672/2010 ao Congresso Nacional, nomeando-se a Deputada Teresa Surita como relatora.<sup>215</sup>

O Comitê dos Direitos da Criança decidiu lançar uma série de Comentários Gerais relativos à eliminação da violência contra crianças, enfocando o castigo físico e outras formas cruéis ou degradantes de castigo, que atualmente são aceitas e praticadas, visando abolir todo e qualquer tipo de castigo físico. Consta do Comentário Geral acima evidenciado que o castigo físico é incompatível com a Convenção, o qual frisa que a educação deve ser proporcionada promovendo o respeito pela dignidade inerente à criança. Com base nessas

<sup>212</sup> RIO DE JANEIRO. *Projeto de Lei nº: 2654/2003*. Disponível em: < <http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>> Acesso em: 29 jan. 2014.

<sup>213</sup> Ibidem.

<sup>214</sup> Ibidem.

<sup>215</sup> WIKIPEDIA. *Lei da Palmada*. Disponível em: < [http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei\\_da\\_Palmada](http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_da_Palmada)>. Acesso em: 29 mar. 2014.



premissas, o Comitê reiterou a obrigação dos Estados Partes se mobilizarem para proibir e eliminar todo castigo físico, tratamento cruel ou degradante por meio de medidas legislativas, educativas e de conscientização.<sup>216</sup>

Desta feita, o Poder Executivo Brasileiro cumprindo as disposições do Comentário Geral de nº 8/2006 e do Comitê do Direito da Criança, sugeriu a proposta de lei em comento, tendo nomeado a Deputada Teresa Surita como relatora, assim a proposição se presta também a Lei de nº 8069/90, incluindo ao Estatuto textos que acentuam a proteção à integridade física das crianças e adolescentes, especialmente no que tange ao castigo físico aplicado pelos pais, responsáveis ou auxiliares de criação, com justificativa de fins pedagógicos.

Sendo assim, foi proposto o Projeto de Lei de nº 7672/2010, enfatizando que qualquer castigo físico, ainda que moderado deve ser proibido e evitado com a previsão de sanções aos pais e às instituições que atuarem disforme ao disposto no projeto, que vão desde ações educativas ao afastamento do agressor do convívio com a vítima, impondo ao Estado o dever de garantir esse direito por meio de políticas e leis que desenvolvam a proteção em todos os níveis de governo. Visa, portanto, aprofundar o direito de que todas as crianças e adolescentes possuem de ser educados e criados sem o uso dos castigos físicos, ou qualquer tratamento cruel, degradante como formas de correção, disciplina, educação ou quaisquer outros pretextos.<sup>217</sup>

A proposta assinada por Paulo de Tarso Vannuchi, Luis Paulo Teles Ferreira Barreto e Marcia Helena Carvalho Lopes alerta que as crianças e adolescentes encontram-se menosprezadas dentro da sociedade, sendo lhes aplicadas a violência como meio de estratégia pedagógica e educativa, vindo a considerar que se trata de compromisso ético e de um desafio central que visa proteger os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, principalmente no que tange à eliminação da violência contra os mesmos. Ressaltam ainda que a erradicação da violência contra a criança e o adolescente é uma preocupação advinda de outros pronunciamentos e orientações de instâncias como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e a Organização das Nações Unidas, por

<sup>216</sup> COMITÊ DO DIREITO DAS CRIANÇAS. *Comentário Geral nº 8/2006*. Disponível em: <<http://www.naobataeduque.org.br/documentos/d9891e21b98d60dfce7318f013c0091d.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

<sup>217</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº: 7672/2010*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=0BC4EE0AEE791D2ED435ABF074AF472A.node2?codteor=790543&filename=Tramitacao-PL+7672/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0BC4EE0AEE791D2ED435ABF074AF472A.node2?codteor=790543&filename=Tramitacao-PL+7672/2010)> Acesso em: 17 mar. 2014.

meio do Comitê dos Direitos da Criança, a qual preleciona que a eliminação do castigo violento e humilhante, por intermédio de reformas legislativas e outras medidas, é obrigação imediata e integral dos Estados Partes, sendo uma demanda internacional com o fito de promover a atuação imediata dos Estados contra essa cultura da aplicação de castigos corporais com fins pedagógicos e educativos.<sup>218</sup>

Elucida ainda que a instauração de processos contra os pais, em suma, é contrária ao interesse da criança e adolescente, enfatizando que as medidas sancionatórias extremas devem ser aplicadas quando necessária à plena proteção do menor em situações extraordinárias ou quando corresponder ao superior interesse dos mesmos. Ademais, abarca a premissa de que nada pode justificar a aplicação da violência como meio de coerção educativa, sendo o projeto de ampla dimensão pedagógica promovendo a discussão das questões atinentes à essa cultura enraizada no país, desaconselhando a adoção dessa medida educativa degradante e contribuindo para fomentar alternativas sadias e emancipatórias de educação das crianças e adolescentes, utilizando a sanção e punição como medida excepcional de última natureza.<sup>219</sup>

Por fim, enfatizam que a proibição, em si, não garantirá mudança nas práticas e atitudes, mas promoverá a conscientização do direito das crianças e adolescentes à proteção prevista constitucionalmente e conscientização da própria legislação para reflexão da necessidade de garantia desse direito. A proposição, portanto, objetiva materializar o compromisso de sociedades que reconhecem o direito das crianças e adolescentes perante o Estado, incumbindo esse ente a organizar políticas e ações para sua plena realização.<sup>220</sup>

### 3.2 Considerações de profissionais acerca do projeto

Após explanar as disposições de motivos, imprescindível se torna verificar as opiniões e críticas dos profissionais da área jurídica, educacional, psicológica e psiquiátrica, vez que inexistente entendimento pacificado na sociedade quanto à aprovação da proposta, bem como se trata de assunto polêmico haja vista que visa modificar paradigmas e implantar um novo modelo educacional na estrutura familiar educacional perante às crianças e adolescentes.

<sup>218</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº: 7672/2010.* Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=0BC4EE0AEE791D2ED435ABF074AF472A.node2?codteor=790543&filename=Tramitacao-PL+7672/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0BC4EE0AEE791D2ED435ABF074AF472A.node2?codteor=790543&filename=Tramitacao-PL+7672/2010)> Acesso em: 17 mar. 2014.

<sup>219</sup> Ibidem.

<sup>220</sup> Ibidem.

A OAB à época da apreciação do Projeto de Lei de nº 7672/2010 pela Câmara dos Deputados avaliou que a aplicação da lei apenas surtiria efeitos se conjuntamente fosse implementada políticas públicas de educação familiar.<sup>221</sup>

Dessa maneira, Ophir Cavalcante argumentou o que se segue:

“A lei, sozinha, pode ficar sem eficácia, pois a palmada como forma de educar é algo cultural neste país, herdada do colonizador português. Temos de ter campanhas educativas e de planejamento por parte do Poder Público para informar as famílias sobre a melhor forma de ensinar as crianças. Esse é um dever do Estado que, lamentavelmente, não tem estrutura para isso. A lei pode cair no vazio. [...] O mérito desse projeto é, na verdade, apontar um novo caminho. Talvez esse seja o maior objetivo, até por não estabelecer nenhum tipo de punição [para os agressores], apenas advertências, tratamento psicológico aos autores da violência e adesão a programas de proteção à família”.<sup>222</sup>

Como se denota da explanação acima descrita, o projeto deve ser amplamente discutido, muito embora tenha sido aprovado por unanimidade na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, e portanto não se sujeitará à Plenário na Câmara, cabe ainda a proposta ser submetida ao Senado, entretanto até o presente momento não houve avanços. O assunto foi consideravelmente divulgado nas mídias e causou grande repercussão, a grande maioria opinou contra a proposta por considerar que se trata de uma intervenção exagerada do Estado na esfera familiar, conforme segue abaixo.

Para Lino de Macedo, do Departamento de Psicologia Social da Aprendizagem e do Desenvolvimento Humano, da USP, a Lei em vigor já dispõe de preceitos que abarcam os maus-tratos e demais abusos dos pais na educação dos filhos, de modo que a aprovação da proposta proporcionará uma dupla desautorização dos pais e da família, bem como traz a idéia de que os recursos anteriores não funcionam, atribuindo à lei e ao Estado as funções da criação e da educação dos filhos.<sup>223</sup>

Frisa ainda que o projeto é desnecessário, inócuo, pois não acrescenta disposições inovadoras, em contrapartida retira competências constitucionalmente

<sup>221</sup> AGÊNCIA BRASIL. *Para OAB, Lei da Palmada sem orientação familiar é inócua*. Disponível em: <<http://www.d24am.com/noticias/brasil/para-oab-lei-da-palmada-sem-orientacao-familiar-e-vazia/44679>> Acesso em: 15 mai. 2013.

<sup>222</sup> Ibidem.

<sup>223</sup> ANDRIGHETTO, Fábio. *Cinco autores falam sobre a lei da palmada*, 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/livrariadafolha/1112582-cinco-autores-falam-sobre-a-lei-da-palmada-ouca.shtml>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

atribuídas aos pais, além de desautorizar também as demais pessoas que têm compromissos educacionais.<sup>224</sup>

Adverte ainda que a violência verbal, o xingamento, a palavra dura, a ofensa, a ameaça também devem ser considerados como tratamento cruel ou desumano, e por fim alerta que as promessas descumpridas, prática corriqueira dos pais ao tentarem educar seus filhos, conduz à uma “deseducação”, tornando-os crianças compradas, explanando que os adultos devem aprender a forma mais correta para atender a perspectiva da criança.<sup>225</sup>

As opiniões quanto ao projeto são inúmeras, como por exemplo a de uma pedagoga e mãe:

“Sou a favor da lei, tenho dois filhos e sou educadora. Vejo diariamente o prejuízo causado pelo uso da agressão física na educação. Castigo físico não resolve, só ensina a resolver os problemas com violência. O diálogo é fundamental para uma sociedade sadia. Não é simples, requer paciência, mas vale a pena”<sup>226</sup>

Há ainda aqueles que são contra, como encontra-se explicitado no comentário de uma leitora do web site Absoluta Kids<sup>227</sup> como se segue:

“Acho que cabe aos pais corrigirem e educar seus filhos, sou contra o exagero, espancamento, mas as palmadas às vezes se fazem necessárias e não é uma palmada que vai traumatizar uma criança, é melhor uma palmada em casa do que uma pancada da vida!”<sup>228</sup>

Em análise às opiniões de profissionais que exercem funções diretamente relacionadas à educação, observa-se que a grande maioria considera que deve-se primeiramente dar enfoque maior à orientação dos pais quanto à educação de seus filhos e ainda fazem ressalvas de que a lei deve se direcionar à crianças que sofrem com o abuso dos pais, no sentido de castigos exagerados tais como espancamentos, queimaduras, dentre outros e não à pais que utilizam a palmada pedagógica como meio educativo de seus filhos.

<sup>224</sup> ANDRIGHETTO, Fábio. *Cinco autores falam sobre a lei da palmada*, 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/livrariadafolha/1112582-cinco-autores-falam-sobre-a-lei-da-palmada-ouca.shtml>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

<sup>225</sup> Lino Macedo participou de entrevista à Folha de São Paulo, a qual abordava as críticas dos especialistas em educação. A referida descrição foi extraída e resumida do website do jornal em comentário.

<sup>226</sup> PORTAL ABSOLUTA. *A lei da palmada foi aprovada*. Disponível em <<http://www.portalabsoluta.com.br/educacao-kids/item/827-a-lei-da-palmada-foi-aprovada.html>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

<sup>227</sup> O web site apresenta reportagens e informações pertinentes ao âmbito educacional de criança e dispõe de espaço para comentários, abordagens e críticas de seus leitores.

<sup>228</sup> PORTAL ABSOLUTA. *A lei da palmada foi aprovada*. Disponível em <<http://www.portalabsoluta.com.br/educacao-kids/item/827-a-lei-da-palmada-foi-aprovada.html>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

Partindo-se de uma visão jurídica, trata-se de acrescentar à lei aquilo que ela não definiu ao preceituar a perda do poder familiar quando do castigo imoderado no art. 1638, I, do Código Civil, ou seja, na legislação não existe a definição do que seria castigo moderado ou imoderado.

Natércia Tiba em entrevista à Livraria da Folha observa que deve se recorrer à lei da palmada em casos extremos, idéia defendida não só por profissionais da educação como pelos próprios pais. A autora e psicoterapeuta considera que o projeto de lei tem o risco muito grande de se tornar uma forma de manipulação dos pais pelos filhos, de uma forma que estes venham a perder sua autoridade paterna e materna. Relatou, nesse enfoque, que em seu consultório já atendeu casos em que os filhos provocaram os pais para que esses os batessem para posteriormente manipulá-los<sup>229</sup>. Casos em que há evidência forte da indisciplina, da insubordinação e da falta de efetividade que pode ser dada às normas propostas no projeto.

A lei da Palmada, segundo a psicoterapeuta, passa por cima da autoridade dos pais, pode ser anti-educativa e pouco eficiente, devendo a lei optar por regulamentos que procurem diminuir a violência com observância à orientação dos pais. Por fim, Natércia averigua que o projeto tem a boa intenção de proteção, pois visa tratar o sintoma da agressão como modo educativo, em contrapartida faz críticas pois acredita que deve-se investir fortemente na educação tanto dos pais como das crianças desde à infância, pois de forma contrária, a lei atuaria contra os pais, tornando-se anti-educativa aos filhos<sup>230</sup>.

Paulo Ghiraldelli Jr, professor de filosofia e autor, também opinou a respeito da “Lei da Palmada” e da Intervenção Estatal que seria dada por meio do projeto. Analisou primeiramente que atualmente o Brasil vive em uma democracia liberal, na qual supõe-se que o Estado não ultrapassará o limite da porta de nossas casas. A intervenção Estatal, segundo ele, é um passo perigoso e altamente criticável pela direita e pelos conservadores e deve ser aderida por meio de justificativa convincente e forte, embasada em dados de que os pais são “reincidentes” na aplicação dos castigos físicos exagerados<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> ANDRIGHETTO, Fábio. *Cinco autores falam sobre a lei da palmada*, 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/livrariadafolha/1112582-cinco-autores-falam-sobre-a-lei-da-palmada-ouca.shtml> <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/lei-da-palmada-corre-o-risco-de-nao-ser-aprovada-no-congresso-20120220.html>> Acesso em: 20 mar. 2013.

<sup>230</sup> Ibidem.

<sup>231</sup> ANDRIGHETTO, Fábio. *Cinco autores falam sobre a lei da palmada*, 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/livrariadafolha/1112582-cinco-autores-falam-sobre-a-lei-da-palmada-ouca.shtml> <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/lei-da-palmada-corre-o-risco-de-nao-ser-aprovada-no-congresso-20120220.html>> Acesso em: 20 mar. 2013.

Explanou quanto à conduta dos pais que “todo mundo se acha capaz de bater certinho”<sup>232</sup>, informando que antigamente existia regrário ensinando a bater nos filhos. Oportunidade em que se observa de forma concreta que os castigos físicos com finalidade educativa era aceitável pela sociedade, era prática comum dos pais e de fato está instalada na cultura brasileira. O autor mencionou ainda que a violência desperta em nós um segundo ato de violência, independentemente de classe social, acrescentando que o ser humano não possui o auto-controle que acredita ter. Por fim, elucidou da seguinte forma a sua opinião quanto à Lei da Palmada “Quem disse que a nossa geração, por ter apanhado, construiu um mundo melhor?”<sup>233</sup>.

Compartilhando da mesma idéia a autora de “Sem filhos por opção”, Margareth Lacerda, se diz a favor do projeto. Avalia que o filho não é propriedade e não deve ser tratado como propriedade, devendo o Estado proteger as crianças de pais que são desequilibrados. Ao se referir à intervenção estatal na esfera do poder familiar, faz ressalva à palmada considerando que o governo deve ter a conduta de inibir a conduta dos pais quanto às crianças agredidas e não à pais que utilizam a palmada como método educativo, por fim elucidou que há formas de disciplinar sem bater<sup>234</sup>.

Edson Fernandes, também autor, iniciou a entrevista informando os índices de violência no Brasil em 2011. O Ministério da Saúde registrou 14 mil casos violência doméstica, dos quais 36% referiam-se ao abandono ou negligencia, 35% à violência sexual, 28% à violência física praticada pelos pais e 8% à violência psicológica. Edson considera que a violência física está enraizada na cultura. Ressaltou que atualmente percebe-se que os pais não tem preparo ou não tem equilíbrio emocional dentro da própria casa, e em decorrência da rotina exaustante perdem a função maior de paternidade e maternidade, tendo pouco tempo com os filhos, o tratamento dado aos filhos nesse caso é grotesco, oportunidade em que deve-se analisar e aplicar a lei da palmada, com vistas à orientação dos pais<sup>235</sup>.

O psicanalista Contardo Calligaris se coloca contra o projeto de lei por considerar que há violências que causam consequências danosas piores que a violência física propriamente dita. Criticou a proposta da seguinte forma:

---

<sup>232</sup> ANDRIGHETTO, Fábio. *Cinco autores falam sobre a lei da palmada*, 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/livrariadafolha/1112582-cinco-autores-falam-sobre-a-lei-da-palmada-ouca.shtml>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

<sup>233</sup> Ibidem.

<sup>234</sup> Ibidem.

<sup>235</sup> Ibidem.

Sou absolutamente contra qualquer castigo físico. Sou também contra a extensão do poder do Estado no campo da vida privada, por temperamento anárquico e porque sou convencido que, neste campo, as famílias erram muito, mas o Estado, quase sempre, erra mais. A agressão verbal fere e machuca o ser psíquico e neste aspecto a orientação aos pais, educadores e responsáveis deve privilegiar o uso da linguagem como a forma salutar de educar e orientar ao invés de qualquer tipo de agressividade<sup>236</sup>.

A cultura da palmada pedagógica de fato está enraizada na cultura brasileira, além disso é notória ainda na leitura bíblica a qual recomenda o uso de disciplina na educação dos filhos. A Bíblia inclusive ensina que: “A estultícia está ligada ao coração da criança, mas a vara da disciplina a afastará dela” (Pv. 22:15). O livro de Provérbios ensina ainda que: “A vara e a disciplina dão sabedoria, mas a criança entregue a si mesma vem a envergonhar a sua mãe. (...) Corrige o teu filho, e te dará descanso, dará delícias à tua alma” (Pv. 29:15,17). E diz que: “Não retires da criança a disciplina, pois, se a fustigares com a vara, não morrerá. Tu a fustigarás com a vara e livrarás a sua alma do inferno” (Pv. 23:13,14)<sup>237</sup>.

Diante do exposto verifica-se que a orientação dos pais deveria ser o foco maior e mais importante, antes de se aplicar uma lei ou propor novos regulamentos. Defende-se a proposta quando em referência à maus tratos, espancamentos e castigos físicos exagerados, sendo admitida a palmada pedagógica, desde que recorrida após esgotados todos os outros meios de correção.

Partindo-se do âmbito jurídico e da análise das regulamentações já existentes e das propostas constantes do Projeto de Lei nº 7672/2010, verifica-se que as críticas são evidentes quanto à intervenção estatal em exagero na esfera privada, bem como quanto à imposição de lei desnecessária uma vez que já existem dispositivos que regulamentam o abuso dos pais quando da correção física exacerbada. São as razões pelas quais o projeto foi alvo de recursos e encontra-se estagnado na Mesa Diretora da Câmara, estando portanto, impedido de ser submetido à análise pelo Senado, embora aprovado em caráter terminativo pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados porém sem a necessária visibilidade e amadurecimento que a importância do assunto exige.

<sup>236</sup> SILVA, Máira Cristina apud JUCÁ, Marcelo. *Projeto de Lei nº 2654/2003: Contrapontos da Lei da Palmada*. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/projeto-de-lei-2654%102003:-os-contrapontos-da-lei-da-palmada-21103/artigo/>>. Acesso em: 20 mar. 2013

<sup>237</sup> BRONZEADO, André. *Lei da palmada e a Bíblia*, 2012. Disponível em:<<http://ortopraxia.blogspot.com.br/2012/01/lei-da-palmada-e-biblia.html#.UZn7VKI3uE5>> Acesso em: 20 mar. 2013.

É clarividente a autorização da correção física com base na lei penal brasileira. O art. 136, do Código Penal preleciona que o crime de maus tratos configura-se quando houver abuso dos meios de correção ou disciplina, ou seja, o abuso é ilícito penal, desde que exponha o menor a perigo de vida ou cause perigo à sua saúde. Assim, a punição exagerada e o corretivo imoderado ou abusivo são as formas definidas pela legislação como conduta não aceitável pelos pais quando do uso dos castigos físicos, logo conclui-se que toda correção física, castigo físico é tolerável até esse limite, ultrapassando as barreiras do que se entende por moderado, configurar-se-ia o delito disposto no art. 136, do Código Penal, bem como incorreria o pai no art. 1638, do Código Civil, estando este sujeito a perda do poder familiar.

Augusto Coutinho (DEM-PE), um dos deputados que apresentou recurso para que o projeto seja discutido em plenário pela Câmara, pondera que as relações familiares não podem ser ditadas pelo Estado, discorrendo da seguinte maneira:

É indubitável que devam existir mecanismos para proteger a criança e o adolescente da violência, seja essa doméstica ou não. Contudo, não pode ser concedida ao Estado a prerrogativa de ingerência desmedida nos lares brasileiros. [...] Para qualquer tipo de abuso existe enquadramento legal de agressão, que será adequadamente imposto ao agressor. Não há necessidade de interferência na forma de a família educar<sup>238</sup>

A proposta, como afirmado anteriormente, apresenta uma dupla proibição, sendo portanto, desnecessária a criação de nova regulamentação de conteúdo que já encontra-se previsto em lei. As sanções a ser aplicáveis quando da aplicação de castigos imoderados, tais como perda ou extinção do poder familiar, são consideradas como intervenção estatal, tendo o Estado legitimidade para atuar como fiscal da lei, protegendo as crianças e adolescentes de pais desequilibrados, situação a qual sua ingerência é admitida e aceita socialmente, diferentemente do que ocorre com a forma proposta no projeto de lei em comento, haja vista que não só pretende o Estado proteger as crianças destes pais desequilibrados como daqueles que atuam no exercício regular de seu direito, educando seus filhos com o uso da “palmada pedagógica”.<sup>239</sup>

---

<sup>238</sup> AGÊNCIA CÂMARA. *Deputados impedem envio da lei da palmada para o congresso, 2012*. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/deputados-impedem-envio-da-lei-da-palmada-para-o-senado-20120214.html>> Acesso em: 20 mar. 2013.

<sup>239</sup> Ibidem.



Para Erika Kokay (PT-DF), o projeto de lei visa modificar a cultura do uso dos castigos físicos como forma de solução de conflitos, afirmando que a proposta não criminaliza a palmada e nem autoriza a interferência estatal na educação que os pais dão a seus filhos<sup>240</sup>.

A deputada Teresa Surita (PMDB-RR), que foi relatora do projeto na comissão especial, se manifestou quanto à dificuldade enfrentada no Congresso no que se refere aos recursos interpostos explicando que a falta de informação da sociedade e dos membros parlamentares sobre o assunto seria a causa primordial dos empecilhos e recursos apresentados, acrescentando que o projeto visa o melhor para as crianças e adolescentes<sup>241</sup>.

Delvan Tavares, juíza da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Imperatriz-MA discorre que crianças que estão habituadas à uma educação com limites desde a tenra idade não necessitam de apanhar para comportar-se adequadamente, frisando que pais que batem em seus filhos, utilizam desse meio quando imbuídos de raiva, deixando de fazer uso dos argumentos ou de conversas produtivas, conforme destaca-se abaixo:

‘O ponto fundamental parecer ser outro: bater em crianças é um ato necessário como instrumento educativo ou de correção de condutas reprováveis ou de prevenção a comportamentos indesejáveis? A pergunta ganha relevo quando se pergunta por que os pais batem em seus filhos. Na quase totalidade das vezes os pais batem nos filhos porque estão com raiva, ou por vingança, porque não possuem instrumentos (como o bom argumento, ou a produtiva conversa) de repreensão, porque estão passando por problemas de relacionamento, psicológico, financeiro etc. etc. Quanto maior a surra, maior o desequilíbrio emocional. Então, conclui-se, com certa facilidade, que quase sempre os filhos apanham por desequilíbrio emocional dos pais e não propriamente porque a surra (palmadas, cintadas, chineladas, “cascudos”, etc.) está sendo utilizada racionalmente como um instrumento educativo. Se a agressão não é necessária, por que bater?’<sup>242</sup>

A relatora Deputada Teresa Surita manifestou-se quanto ao projeto, salientando a finalidade em que se pretende atingir com a aprovação do projeto, frisando que o projeto visa se dirigir à crianças e adolescentes que sofrem com castigos imoderados e agressões absurdas que saem das vias da finalidade educativa e pedagógica, de acordo com o colacionado a seguir:

<sup>240</sup> AGÊNCIA CÂMARA. *Deputados impedem envio da lei da palmada para o congresso*, 2012. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/deputados-impedem-envio-da-lei-da-palmada-para-o-senado-20120214.html>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

<sup>241</sup> Ibidem.

<sup>242</sup> TAVARES, Delvan. *Educar sem violência: Projeto de Lei de nº 7672/2010 – artigo da juíza Delvan Tavares*, 2011. Disponível em: <<http://toleranciaecontentamento.blogspot.com.br/2011/08/projeto-de-lei-76722010-artigo-da-juiza.html>>. Acesso em: 29 mar. 2014

”Em primeiro lugar, o foco do projeto é conscientizar a população de que há outras maneiras de educar uma criança sem apelar para os castigos físicos. Além disso, o apelido “Lei da Palmada” minimiza muito o nosso objetivo e cria vários mitos, como o que o filho vai mandar o pai para a cadeia (...) Não estamos falando daquela palmadinha leve, de baixo para cima, que alguns pais ainda usam. Estamos falando de clavículas deslocadas por um puxão, de um olho roxo, de hematomas sérios”.<sup>243</sup>

Não há dúvidas quanto à finalidade do projeto, entretanto, de fato o projeto corre o risco de não atingir seu escopo de forma positiva, tornando-se inócuo, uma vez que a proposta é desnecessária do ponto de vista jurídico, é muito abrangente, pois visa a proibição de qualquer castigo físico, tratamento cruel ou degradante, com fulcro no direito dos menores serem educados sem que sua integridade física seja violada.

Essa abrangência maior dada pela expressão “qualquer” no texto normativo proporciona uma autorização de o Estado punir desde aquele que aplica uma “palmadinha pedagógica” à aquele que espanca, provoca queimaduras, lesiona desmedidamente e provoca danos psicológicos nas crianças e adolescentes, por exemplo. Outra consequência significativa, refere-se às determinações dadas pelo Estado quanto a forma educativa e pedagógica a ser empregada pelos pais, pois de forma implícita, está impondo, de acordo com sua visão, a maneira mais adequada de educar os filhos, que é dever e obrigação dos pais, ou seja, trata-se de uma intervenção estatal exacerbada, infundada e inconstitucional, pois adentra em um direito privado, em uma intimidade a qual não lhe pertence.

### 3.3. Análise do texto normativo do Projeto de Lei de nº 7672/2012

O texto normativo do Projeto em comento propõe a inclusão do seguinte dispositivo, dentre outros, na Lei nº 8069/1990:

“Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios atuarão de forma articulada na elaboração de políticas públicas e execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo corporal ou de tratamento cruel ou degradante, tendo como principais ações:

I - a promoção e a realização de campanhas educativas e a divulgação desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos;

II - a inclusão nos currículos escolares, em todos os níveis de ensino, de conteúdos relativos aos direitos humanos e prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente;

<sup>243</sup> LOURENÇO, Jorge. *Jornal do Brasil: Mais de 5 milhões de crianças sofrem violência doméstica só no Brasil, diz ONG, 2011*. Disponível em: < <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2011/10/14/relatora-da-lei-da-palmada-descarta-mitos-e-diz-que-projeto-e-educativo/> >. Acesso em: 29 mar. 2014.

III - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente nos Estados, Distrito Federal e nos Municípios, Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, e entidades não governamentais;

IV - a formação continuada dos profissionais que atuem na promoção dos direitos de crianças e adolescentes; e

V - o apoio e incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra criança e adolescente.”<sup>244</sup>

Para os fins desde preceito normativo, o Projeto de Lei define castigo corporal e tratamento cruel ou degradante da seguinte maneira:

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - castigo corporal: ação de natureza disciplinar ou punitiva com o uso da força física que resulte em dor ou lesão à criança ou adolescente.

II - tratamento cruel ou degradante: conduta que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize a criança ou o adolescente<sup>245</sup>.

E ainda apresenta sua finalidade primordial propondo o seguinte texto de inclusão:

Art. 17-A. A criança e o adolescente têm o direito de serem educados e cuidados pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar, tratar, educar ou vigiar, sem o uso de qualquer castigo corporal ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação, ou qualquer outro pretexto<sup>246</sup>.

Observa-se dessa maneira que o Estado está contraindo para si uma responsabilidade grandiosa, adquirindo competências e funções que não está capacitado para cumprir de forma efetiva, além de estar adentrando no direito privado, haja vista que para aqueles que incorrerem no referido preceito serão aplicadas as medidas punitivas elencadas no art. 129, do ECA, tais como o encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos ou programa de orientação; obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; e ainda a perda da guarda<sup>247</sup>.

<sup>244</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 7672/2010. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=4839>> Acesso em: 9 de jan de 2013.

<sup>245</sup> Ibidem.

<sup>246</sup> Ibidem.

<sup>247</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de Julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 20 de mar. 2013.

O instituto do poder familiar foi direcionado legalmente aos pais por meio da norma civil, de modo que havendo ingerência estatal proporcionalmente estaria havendo uma intromissão abusiva e irregular quanto aos princípios constitucionais, de modo que poderia ocasionar futuramente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O que se observa desse ponto é que as crianças e adolescentes alcançaram um nível muito grande de atenção dos entes governamentais e da sociedade como um todo, o que equivale a comparar com o art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que aborda o dever de toda a comunidade, da família, da sociedade e do Poder Público de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, razões pelas quais as preferências na formulação e na execução das políticas sociais públicas e os recursos públicos relacionados à infância e à juventude, como o próprio Projeto de Lei de nº 7672/2010, são postos em posição privilegiada.

Trata-se de uma proposta eivada de críticas em oposição à sua aprovação. Há de se observar, que o projeto prevê uma intervenção estatal em excesso no poder familiar, atingindo o princípio da autonomia da família, conhecido também como o princípio da não-intervenção ou da liberdade, previsto no art. 1.513 do Código Civil em vigor que dispõe o seguinte: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou de direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”<sup>248</sup>, sendo portanto, vedada a intromissão estatal em determinados aspectos da esfera familiar.

Muito embora o Estado possa incentivar o controle de natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas, ou ainda propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício dos direitos das crianças e adolescentes, conforme preleciona o art. 227, § 7º, da Constituição Federal e o art. 204, do mesmo dispositivo legal, é vedada a coerção por parte das instituições oficiais e privadas na intimidade familiar.

Além disso, o preceito determinado no art. 1631, do Código Civil é clarividente ao dispor que “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”<sup>249</sup>, ou seja, não há menção da destinação do instituto ao Estado, não tendo este os pressupostos e requisitos para atuar como pai ou mãe dos menores, sendo possível intervir nessa relação

---

<sup>248</sup> BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2013.

<sup>249</sup> Ibidem.

apenas quando os pais incorrerem no estipulado no art. 1637, do referida Lei Civil, que *in verbis*:

“Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.”<sup>250</sup>,

E na sequência, no art. 1.638, apresenta detalhadamente as causas de perda do poder familiar por meio de ato judicial:

- “I-castigar imoderadamente o filho;
- II-deixar o filho em abandono;
- III-praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV-incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”<sup>251</sup>.

São hipóteses de intervenção estatal no poder familiar justificadas pelo fato de os pais ultrapassarem as medidas do exercício regular de seu direito, de modo que seus atos tornam-se ilícitos, contrários aos costumes da comunidade e ainda disformes à ordem, à norma fundamental e ao princípio da dignidade humana, pois as condutas mencionadas no referido preceito configuram uma postura excessiva e abusiva dos pais, sendo portanto, admissível que o Estado intervenha com o fito de proteção e defesa daquele que encontra-se em perigo no próprio ambiente familiar.

O equívoco causado neste projeto se espelha na confusão em atribuir ao Estado uma função de controle da relação familiar, não se trata de oferecer recursos básicos para que os chefes de família, pai e mãe, possam ofertar os alicerces de desenvolvimento de seus filhos, mas sim, de adentrar na intimidade do lar e determinar o que é certo e o que é errado na construção dessa relação. É absurdo encaminhar os pais à um tratamento psicológico em decorrência do uso da “palmadinha pedagógica”, explicitada nesta pesquisa, por exemplo, ou ainda submetê-los à perda da guarda daqueles que prestaram uma educação com limites.

O Poder Público visa assumir uma competência a qual é atribuída aos pais, há de se observar que esse ente estatal por vezes tem sido insuficiente, incompetente e desastroso em determinados casos em que interferiu na esfera privada, razões pelas quais

<sup>250</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2013.

<sup>251</sup> Ibidem.

deve-se atentar de forma alarmante à proposição, pois corre o risco de se tornar um insucesso.

O Estado não pode ser detentor de um poder tão fundamental ao saudável funcionamento da relação familiar, não é ele o “pai” ou “mãe” da criança ou adolescente que necessita do apoio da família, em outras palavras, não é o Estado que está dentro da casa diariamente para apoiar a “sua prole”, não é este ente quem conhece intimamente cada criança e adolescente, mas sim os próprios pais, que são os capazes de ensinar os costumes, os valores, os princípios e de encaminhá-los desenvolvidos à sociedade, para assim nela conviver.

O projeto não tem apoio da grande maioria da população, pois estes acreditam que os pais devem educar seus filhos de acordo com o que consideram interessante para sua prole, não tendo o Estado que adentrar na intimidade da família e designar a melhor forma de criar e preparar as crianças e adolescentes, uma vez que para isso é necessário conhecer intrinsecamente o ambiente em que o menor está inserido, ou seja, o projeto corre o risco de se direcionar ao vazio e se tornar inócua, pois cada lar brasileiro é distinto dos demais, seria de grande dificuldade estipular condutas gerais a serem aplicadas em ambientes familiares distintos.

Deve o Estado adentrar nesta esfera quando se tratar de pais desequilibrados, que não são capazes de oferecer uma estrutura saudável ao menor, como por exemplo, pais que são dependentes químicos, alcóolatrás, ou ainda protegê-los de pais que não possuem conduta ilibada, que foram condenados por crimes hediondos, como por exemplo, estupro, e por óbvio deve defendê-los de pais que não possuem o equilíbrio suficiente, que castigam imoderadamente seus filhos, como foi um dos casos noticiados na mídia nacional, em que uma mãe, como forma de repreensão da filha, provocou queimadura no corpo da adolescente.

O projeto de lei abarca normas muito abrangentes, de modo que se o pai ou mãe desferir uma palmadinha ainda que com a finalidade pedagógica e educativa incorreria no preceito, da mesma maneira que um pai ou mãe que “espancou” o filho à socos e à pontapés, sendo submetidos às mesmas medidas. Os genitores que aplicam castigos moderados, que possuem equilíbrio emocional e atuam dessa maneira buscando dar uma educação com limites aos seus filhos não há que sofrer sanções, pois estão, neste caso, exercendo um direito regular, bem como estão em conformidade com o princípio da

autonomia da família, ofertando uma criação com os valores que acreditam ser os mais adequados para a preparação e desenvolvimento da criança e do adolescente.

Não há o Estado que intervir determinando a forma mais correta de educar os mesmos, pode ter ingerência quando da aplicação de castigos exagerados, abusivos, imoderados, pois isto configura de forma concreta o desequilíbrio emocional dos genitores na preparação dos filhos, estando dessa maneira, totalmente disformes ao princípio da dignidade humana e principalmente atuando contrariamente ao art. 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe da proteção dos mesmos da seguinte maneira: “Nenhuma Criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”<sup>252</sup>

O projeto possui a boa intenção de protegê-los, como afirmou Natércia Tiba, pois visa tratar o sintoma da agressão como modo educativo<sup>253</sup>, entretanto, já existem preceitos legais em vigência que tem por escopo evitar a proliferação dessas condutas abusivas, as quais são inadmissíveis por toda a sociedade, conforme constata-se do artigo 129, do Código Penal, além dos artigos já mencionados do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e da Constituição Federal.

Preconiza o Código Penal, a violência doméstica, em referência à lesão corporal definida e sancionada no art. 129, caput e §§ 1º e 2º, em seu art. 129, §9º, como se segue:

Se a lesão for praticada contra ascendente, **descendente**, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Pena – detenção de 3(três) meses a 3(três) anos<sup>254</sup>.  
(grifo da autora)

O tipo penal não é de menor potencial ofensivo, uma vez que ultrapassa a pena de 2 anos, diferentemente das demais hipóteses de lesão corporal, o que demonstra que é um crime mais grave quando se trata de ascendentes, descendentes, irmão, cônjuge ou

<sup>252</sup> BRASIL. *Lei 8069, de 13 de Julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 20 de mar. 2013.

<sup>253</sup> ANDRIGHETTO, Fábio. *Cinco autores falam sobre a lei da palmada*, 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/livrariadafolha/1112582-cinco-autores-falam-sobre-a-lei-da-palmada-ouca.shtml> <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/lei-da-palmada-corre-o-risco-de-nao-ser-aprovada-no-congresso-20120220.html>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

<sup>254</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2013.

companheiro, e etc., ou seja, os filhos aqui encontram-se inseridos. O castigo imoderado, de certa maneira, deixa de ser apenas um castigo físico, pois alcança a ofensa à integridade corporal ou à saúde do menor, podendo ainda causar perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; incapacidade para as capacidades habituais; enfermidade incurável; perda ou inutilização de membro, sentido ou função; e ainda deformidade permanente, como é o caso das queimaduras explicitadas no caso acima.

A proposta, portanto é desnecessária, pois há de causar uma dupla proibição. Inexiste ser humano a favor do espancamento, da violência, dos tratamentos cruéis e degradantes, atos para os quais já existem previsões de punições quando das suas práticas. O que nos leva a avaliar se as normas existentes não foram eficazes ao ponto de ser necessária a criação de nova regulamentação trazendo punições mais duras, em contrapartida, para esse problema, haveria o Estado que dispor dos meios para que as normas previstas fossem aplicadas na prática de forma efetiva, pois as sanções são suficientes, basta que os indivíduos sejam punidos de modo a não reincidirem no mesmo ilícito, o que é um grande problema brasileiro, haja vista que a grande maioria, após praticar o delito, ficam impunes, ou se punidos não são ressocializados e portanto, voltam a delinquir.

O texto normativo é extremamente abrangente, razões pelas quais o Estado pode ser desastroso e injusto na aplicação das medidas aos pais. Abarca daquela ação de natureza disciplinar ou punitiva que faz o uso da força física, resultando em dor ou lesão à criança ou adolescente até aquela conduta que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize o menor, portanto, da “palmadinha pedagógica”, passando pelo “espancamento”, chegando à persuasão danosa psicológica da criança.

Dessa maneira, como explanado acima, os genitores que aplicassem o castigo físico com finalidade pedagógica e educativa, visando impor limites aos seus filhos, estaria sujeito, por exemplo, à perda da guarda do menor, assim como àquele que castigasse imoderadamente o seu filho. Essa norma é um tanto disforme, injusta, descabida e infundada, pois não faz distinção alguma das condutas, sejam elas moderadas ou imoderadas, enquadrando-as conjuntamente em um mesmo patamar.

São pontos que nos levam a observar as proposições originais pelas quais este Projeto de Lei foi desencadeado. Será que ao propor esse projeto, o ex-presidente e a



deputada Maria do Rosário não se atentaram aos menores que não possuem limites, agridem pais, idosos, professores? Não se atentaram àqueles que são usuários de entorpecentes e por esse fato possuem condutas desregradas? Não se atentaram ainda aos pais que buscam incessantemente corrigir seus filhos com o escopo de apresentar os limites necessários para que sejam respeitados e para que estes respeitem os demais?

A violência, neste caso o espancamento, por exemplo, pode vir a causar um segundo ato de violência a ser promovido pelo menor. Em um documentário muito conhecido nas instituições educacionais jurídicas, denominado “Juízo”, baseado em fatos reais, demonstrou um dos casos em que o pai agredia diariamente o filho e a esposa. Esta criança ao atingir seus 14 anos, tornando-se portanto, um adolescente, conforme o ECA, em uma noite qualquer, imbuído da raiva acumulada ao longo dos anos por ver a mãe agredida e por ter sofrido agressões, de forma premeditada assassinou seu pai, que não tinha nenhuma chance de defesa, pois estava em sono profundo.

Não há dúvidas que o espancamento traz danos imensuráveis e pode ser determinante de um futuro eivado de problemas a serem enfrentados pelo indivíduo. Não se discorda também que o diálogo e a conversa amiga são as melhores fontes para se resolver conflitos no âmbito familiar, entretanto, “o tapinha pedagógico” é insuscetível de causar este segundo ato de violência, se aplicado conforme as bases valorativas da família, de modo a impor respeito e limites, e ainda exigindo que a obediência seja prestada, não há que se discutir que os efeitos podem ser muito mais benéficos do que maléficos.

Por fim, mas não menos importante, é o ponto educacional partindo-se da visão dos próprios filhos que podem ver na proposta uma forma de manipulação dos pais, que não poderão aplicar nenhum corretivo sob a punição prevista no projeto legislativo. A frase “Se me bater, você vai preso” é plenamente possível e já ocorre na prática, demonstra de forma sucinta a possibilidade da perda da autoridade dos pais e a manipulação dos mesmos pelos filhos. Pode destituir ainda nos jovens o senso de limites, o senso de respeito, e por consequência a falta de referência educativa e de valores, podendo deformar o instituto e as relações familiares.

Este Projeto visa uma mudança de paradigmas, busca extrair a cultura do “educar batendo” que surgiu nos primórdios e foi instaurada no cotidiano brasileiro, portanto, possui uma intenção boa, em contrapartida corre o risco de se tornar inócua e cair no vazio, uma vez que os pais devem estar preparados para essa modificação em sua

estrutura, ou seja, os próprios pais deveriam ser reeducados, mas para tanto, não há necessidade de um projeto dessa envergadura, a qual retira o poder de autoridade dos pais e contraria as bases constitucionais. O que deveria ser proposto seria apenas um investimento na informação direcionada aos genitores, profissionais da saúde e da educação.

Sendo assim, são vários pontos críticos que a proposta sugere, a priori, o que se pode considerar é que a proposta não deve ser aprovada na Câmara dos Deputados, ou ainda, se submetida ao Senado, não ser conhecida, tendo em vista os diversos pontos contrários abordados acima, principalmente no que tange à ingerência no poder familiar, na autonomia da família e na educação dos menores, pois estes, seriam os maiores prejudicados, haja vista que perderiam a oportunidade do “conforto” familiar educacional, pois perderiam a chance de serem educados com o afeto, o carinho, com os valores escolhidos pelos próprios genitores.

## CONCLUSÃO

O menor deve estar inserido em um ambiente familiar para que seu bom desenvolvimento e saudável crescimento sejam lhe garantidos. Trata-se de um princípio basilar constitucional, assim como se refere aos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito à dignidade humana. A família deve lhe prestar educação, garantir sua saúde e proteger de quaisquer perigos, sejam estes prejudiciais à sua saúde física e psíquica, como também, proteger daquilo ou daqueles que possam violar seus direitos. Para tanto, os pais devem exercer seus deveres da forma que lhes convier desde que atendam os direitos fundamentais, e os ofereçam orientação adequada embasada nos valores, costumes e princípios concernentes à família a qual o menor integra.

Dessa maneira, há de se observar que cada lar é distinto um do outro, o Brasil possui uma cultura multifacetada, inclusive no que tangencia a educação prestada aos filhos pelos pais. A “Lei da Palmada” visa, de certa maneira, determinar as formas mais “corretas” na visão estatal de educar as crianças e adolescentes, o que seria uma ingerência estatal exacerbada e totalmente disforme aos preceitos legais existentes, pois ultrapassa a autonomia privada das relações intersubjetivas da família, além de abarcar normas muito abrangentes, de modo que aquele que desferir um “tapinha pedagógico”, como explicitado acima por Içami Tiba, incorreria nas mesmas medidas daquele que causa ferimentos gravíssimos ao filho, como por exemplo, uma queimadura, espancamento, etc. Já são previstas normas suficientes para sancionar pais que possuem condutas excessivas e abusivas contra seus filhos, sendo portanto, desnecessário a aprovação desta proposta legislativa.

Embasando-se nas assertivas exemplificadas pelo psiquiatra Içami Tiba, verificou-se que a permissividade dos pais aos filhos impera nos dias atuais, razão pela qual temos hoje crianças ilimitadas, sem referências educativas, desrespeitosas, que não possuem direção de costumes, princípios e valores. Se a elas não forem impostos limites, a sociedade estará fadada à desorganização. Não se defende aqui a violência contra as crianças, mas a autonomia privada de que os pais possam optar pela forma mais adequada de preparar seus filhos para a convivência social, com base em seus valores e ainda defende-se que as crianças e adolescentes que possuem pais desequilibrados, que lhes aplicam castigos imoderados, excessivos e abusivos sejam protegidas pelo Estado, como já é previsto legalmente. O ambiente familiar é o melhor e mais adequado local para que os

menores possam se desenvolver, crescer e adquirir suas bases para se preparar para a convivência social, assim deve a família, por meio do poder familiar, atuar juntamente com a autonomia privada para garantir-lhes uma vida e desenvolvimento dignos.

A dignidade humana surgiu se manifestando nos princípios assegurados pelo Estado, corporificando-os de tal modo que se elevaram a um grau de relevância ainda não alcançado apenas com as bases do Código Civil, ascendendo, portanto, à Constituição, que assim tornou-se o supremo alicerce que os demais códigos deveriam se orientar e se espelhar, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais da humanidade.

Passou-se a proteger a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a paz, o meio-ambiente e ainda a integridade física e psíquica do ser humano, marco extremamente importante da Constituição, tendo-se em vista que a sociedade havia passado por intensos combates mundiais e nacionais, como foi o caso dos regimes totalitários e militares. A trajetória vivida pela sociedade alavancou e influenciou de forma efetiva para que o princípio da dignidade humana fosse proclamado como sustentáculo maior de toda e qualquer sociedade.

Esta é uma das bases pelas quais o Projeto de Lei de nº 7672/2010 foi proposto, pois considerando que a educação prestada por meio de castigos físicos, de tratamentos cruéis, degradantes e desumanos fere o princípio fundamental da dignidade humana, razão pela qual tem o escopo primordial de vedar essa conduta aplicada pelos pais que empregam a educação dessa forma, visando proteger as crianças e adolescentes dos atos abusivos dos pais. Entretanto, mister se faz reiterar, que já são previstas normas que atendem à essa proposta, no que se refere à aplicação de castigos imoderados, configurando-se como uma dupla proibição, além de ser ainda uma intervenção estatal exagerada nas relações intersubjetivas, de modo que os princípios da liberdade e da autonomia privada também estariam sendo violados, há portanto, que encontrar um ponto comum de modo a sanar as problemáticas alavancadas pela proposta legislativa, haja vista que sua aprovação pode trazer uma série de novas questões jurídicas e normativas.

O Projeto de Lei, embora venha trazer uma proteção maior aos menores, não se apresenta condizente com os princípios do direito privado, ingressando de forma exacerbada na intimidade dos lares e da família, bem como abarca normas abrangentes e que correm o risco de se tornarem inócuas e não atingirem sua finalidade diante do poder familiar atribuído aos pais, pois a estes é assegurada a prerrogativa de educar e criar seus

filhos conforme os valores, costumes que julgarem adequados, ou seja, a proposta atinge as relações intersubjetivas dos indivíduos, o que nos remete à dicotomia entre direito público e privado, na qual o que prevalecia era a não-intervenção estatal nas relações privadas.

A sociedade deve estar fundada sobre o direito privado que não seja nem separado e nem absorvido pelo Estado, mas que esteja a ele integrado, garantindo-se sua autonomia, em um sistema vinculado à Lei Fundamental, por meio da qual protege-se os direitos fundamentais nas relações privadas. A intervenção do Estado, portanto, deve ser admitida quando da insuficiência do Direito Civil para assegurar a eficácia de suas normas, deve estar limitada ao espaço do direito privado, uma vez que este também se orienta pelos caminhos estipulados pelos princípios constitucionais.

Desta feita, pretende o Estado, por meio dessa legislação proposta, regulamentar a forma pela qual os pais devem prestar a educação, a criação e preparação de seus filhos, o que demonstra de forma clarividente uma intervenção excessiva e desnecessária que ultrapassa o direito privado de maneira avassaladora, pois os pais, em suas relações familiares, devem ter a prerrogativa de auxiliar o desenvolvimento de suas crianças e adolescentes da maneira que lhes convêm mais adequada. O Estado, dessa maneira, ingressa em um espaço que não lhe compete, que não lhe é atribuído, sendo este, ambiente conveniente à autonomia privada.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

AGÊNCIA BRASIL. *Para OAB, Lei da Palmada sem orientação familiar é inócua*. Disponível em: <<http://www.d24am.com/noticias/brasil/para-oab-lei-da-palmada-sem-orientacao-familiar-e-vazia/44679>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

AGÊNCIA CÂMARA. *Deputados impedem envio da lei da palmada para o congresso, 2012*. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/deputados-impedem-envio-da-lei-da-palmada-para-o-senado-20120214.html>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

ANDRIGHETTO, Fábio. *Cinco autores falam sobre a lei da palmada*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/livrariadafolha/1112582-cinco-autores-falam-sobre-a-lei-da-palmada-ouca.shtml> <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/lei-da-palmada-corre-o-risco-de-nao-ser-aprovada-no-congresso-20120220.html>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UNB, 1984.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2014.

BRASIL. *Lei Nº 3071, de 1º de Janeiro de 1916*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BRASIL. *Lei Nº 8069, de 13 de Julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 20 de mar. 2013.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 7672/2010*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>. Acesso em: 9 jan. 2013.

BRONZEADO, André. *Lei da palmada e a Bíblia, 2012*. Disponível em: <<http://ortopraxia.blogspot.com.br/2012/01/lei-da-palmada-e-biblia.html#.UZn7VKI3uE5>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena de. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FRAGOSO, Rodrigo. *Castigo aplicado pelos pais: exercício regular de direito?* Disponível em: <[http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq\\_pdf/artigos/arquivo69.pdf](http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigos/arquivo69.pdf)>. Acesso: 15 mai. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2008.

KRIEGER, Gustavo. *O caso Isabela e a Lei da Palmada*. Disponível em: <[http://www.dzai.com.br/krieger/blog/krieger?tv\\_pos\\_id=11677](http://www.dzai.com.br/krieger/blog/krieger?tv_pos_id=11677)>> Acesso em: 17 mar. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LORENZETTI, Luis Ricardo. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. *Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao direito de família: repercussão na relação paterno filial*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/865>>. Acesso em: 16 Set. 2013.

MACHADO, Marta de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTAL ABSOLUTA. *A lei da palmada foi aprovada*. Disponível em <<http://www.portalabsoluta.com.br/educacao-kids/item/827-a-lei-da-palmada-foi-aprovada.html>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

RIO DE JANEIRO. *Projeto de Lei de nº: 2654/2003*. Disponível em: <<<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>> Acesso em: 29 jan. 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Direito de para Todos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do Pátrio Poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Máira Cristina. *Projeto de Lei nº 2654/2003: Contrapontos da Lei da Palmada*. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/projeto-de-lei-2654%102003:-os-contrapontos-da-lei-da-palmada-21103/artigo/>>. Acesso em: 20 mar. 2013

TIBA, Içami. *Quem ama, educa!* 165. ed. São Paulo: Gente, 2002.

VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.